

# TRAITÉ

## THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

# DROIT COMMERCIAL

**NOUVELLE ÉDITION**

Comprenant, dans un ordre nouveau, l'ouvrage publié sous le titre

DU CONTRAT DE COMMISSION

OU

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN MATIÈRE DE COMMERCE

PAR

M. DELAMARRE

Conseiller honoraire à la Cour impériale de Rennes, ancien Inspecteur de l'Académie du même ressort, Officier de l'ordre impérial de la Légion d'honneur et de l'Université

ET

M. LE POITVIN

Docteur en droit, Professeur de droit commercial à la Faculté de Rennes

TOME DEUXIÈME

PARIS

CHARLES HINGRAY, LIBRAIRE-EDITEUR

RUE DES MARAIS-SAINT-GERMAIN, 20.

1861

# TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

# DROIT COMMERCIAL

PARIS. — TYP. DE COSSON ET COMP., RUE DU FOUR-SAINT GERMAIN, 43.

# TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

# DROIT COMMERCIAL

NOUVELLE ÉDITION

Comprenant, dans un ordre nouveau, l'ouvrage publié sous le titre

DU CONTRAT DE COMMISSION

OU

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN MATIÈRE DE COMMERCE

PAR

M. DELAMARRE

Conseiller honoraire à la Cour impériale de Rennes, ancien Inspecteur de l'Académie du même ressort, Officier de l'ordre impérial de la Légion d'honneur et de l'Université

ET

M. LE POITVIN

Docteur en droit, Professeur de droit commercial à la Faculté de Rennes

TOME DEUXIÈME

PARIS

CHARLES HINGRAY, LIBRAIRE-EDITEUR

RUE DES MARAIS-SAINT-GERMAIN, 20.

1861

# AVANT-PROPOS

La commission se mêle aujourd'hui, chez tous les peuples commerçants, à presque toutes les transactions du trafic et du négoce; aussi est-il peu de contestations portées en justice commerciale où elle n'intervienne, quelquefois à découvert, le plus souvent sans se faire connaître. Parmi nous aucune loi n'en impose l'usage; et cependant on la dirait d'obligation.

Comment un contrat autrefois ignoré, ou dont on ne peut du moins découvrir que des traces incertaines, est-il, en quelque sorte, devenu une nécessité? Est-ce une tradition romaine accommodée à nos habitudes, ou ne serait-ce pas plutôt une création des temps modernes, et l'expression d'un nouveau besoin?

Car, malgré un type analogique entre l'*institor*, le *præpositus* et notre commissionnaire, il est fort douteux que les Romains aient jamais connu la commission telle qu'on la pratique de nos jours. On ne trouve dans leurs lois aucune définition, aucune formule qui s'y adapte; et les monuments historiques n'apprennent pas davantage qu'il y eût à Rome des commerçants dont la profession fût d'agir pour autrui, soit exclusivement, soit en opérant aussi pour leur

propre compte. Tous les secours que pouvaient exiger la conduite et l'expédition des affaires, le commerce les trouvait dans le fils de famille, et surtout dans l'esclave, ses agents naturels et gratuits. L'emploi d'auxiliaires étrangers à la famille ne pouvait donc être qu'un accident passager, impuissant à constituer un véritable besoin social. Voilà sans doute pourquoi le *commissionnaire* est innomé dans une législation qui caractérise distinctement le *facteur*, le préposé et même le commis-voyageur. On peut bien y apercevoir les premiers linéaments de la commission et même du change (1), ainsi que de l'assurance; mais il était dans la destinée des temps postérieurs de leur donner plus de fermeté, de perfectionner ces utiles combinaisons, d'en faire l'instrument de la puissance du crédit, d'imprimer au commerce un mouvement plus énergique et de lui ouvrir une plus vaste carrière.

Toutefois cette révolution ne s'opère qu'après une crise effrayante où l'ancienne société s'anéantit avec ses dieux, son empire, ses peuples, ses lois, ses arts, son commerce; des populations barbares lui succèdent avec des gouvernements jusqu'alors inconnus; et c'est de ce chaos où tout s'est abîmé qu'à travers une série d'événements providentiels, et au flambeau d'une religion divine, sort un nouvel ordre d'idées, de mœurs, de personnes, de choses.

« Le monde ancien et le monde moderne, dit M. Hello « (*Philosophie de l'histoire de France*, p. 14), ont entre eux « tant d'intervalles et de dissemblances, qu'on aperçoit une « large solution de continuité dans notre espèce; il y a vers « la fin de l'empire romain et la première partie du moyen « âge un abîme dont le fond est inconnu; c'est une piscine « mystérieuse où l'humanité a été plongée pour en être re- « tirée autre qu'elle n'était; le fleuve a disparu sous terre, « pour reparaître plus loin, mais avec des eaux plus « vives. Si la Providence a voulu la rénovation... c'est

(1) V. Cicer. *pro Quintio*, n° 4.

« qu'apparemment il (le monde ancien) n'était plus selon « ses vues ; elle n'a pu le changer que pour le récréer meilleur. »

C'est du moyen âge que datent les conséquences de cette rénovation de l'humanité. Les peuples conquérants ont pris une assiette stable ; ils se classent en nations ; des gouvernements se fondent, des idées d'ordre et de justice commencent à s'introduire. Bientôt apparaissent les communes, et avec elles les corporations d'arts et de métiers, de marchands et d'artisans. Les croisades, préparées par l'esprit de religion, exploitées par l'esprit mercantile, mettent en contact l'Europe et l'Asie, la barbarie et un reste de civilisation. L'Italie s'affranchit du pouvoir féodal, elle conquiert son indépendance, elle l'affermit par le commerce, l'industrie et la navigation ; et, quand les guerres saintes épuisent les autres États, des républiques de marchands (1) y trouvent une source de richesse et de puissance. Le mouvement donné par l'Italie ne tarde pas à agiter le Nord : Hambourg et Lubeck commencent la ligue hanséatique, véritable *commune* de marchands, vaste confédération qui suit un plan systématique de commerce, phénomène jusqu'alors inconnu dans l'histoire des peuples. Une immense carrière est déjà parcourue : le Nord et le Midi entrent en relations ; des foires s'établissent, grandes réunions du monde commerçant sous la franchise jurée (2) par les *rois, prélats, princes, barons, chrétiens et mécréants*; des villes s'élèvent riches, populeuses, entrepôts des productions du Nord, du Midi, des Indes même (3) ; le change et l'assurance sont perfectionnés, admirables créations de l'intelligence humaine, moyens puissants de commerce.

(1) En 1201, elles exigèrent 85,000 marcs d'argent pour le transport de l'armée française, et, faute de cette somme, la croisade faillit manquer (Guill. de Tyr, liv. 12).

(2) Privilèges des foires de Champagne et de Brie, 1294, 1349.

(3) Bruges, Gand, Anvers.

Mais, bien que les peuples se lient par des rapports commerciaux, les communications sont lentes et périlleuses, les routes et les côtes soumises aux vexations féodales, les mers infestées de pirates, la navigation faible et timide. Ignoré de nation à nation, presque de ville à ville, le crédit commercial n'existe pas encore ; à peine subsiste-t-il entre les commerçants d'une même localité. C'est par compagnies, en caravanes (1) que l'on exerce le négoce. Le marchand suit sa marchandise ou s'embarque avec elle, et souvent ne rentre dans son pays qu'après de longs voyages, et possesseur d'une fortune, dédommagement de ses fatigues et de ses courses. Dès qu'un commerce conduit de la sorte prend quelque extension, le commerçant seul ne peut y suffire ni en soigner les détails : il a besoin d'auxiliaires. On voit renaître l'antique institution du facteur, dont le droit romain nous offre les règles. Le commerçant se rend-il aux foires, il est accompagné de facteurs, de gens attachés à son service, *factores, familiares, conductores*. Ses spéculations s'étendent-elles jusque dans les pays étrangers, c'est encore par le facteur, qui les suit et les continue. Jacques Cœur eut des facteurs établis dans les divers lieux qu'embrassaient ses relations commerciales, et c'est ainsi qu'il fit un commerce et des bénéfices extraordinaires. Dans l'état où la France se trouvait alors, Jacques Cœur est une célébrité commerciale comparable à celles de l'Italie. On sait l'usage patriotique que fit de ses richesses ce commerçant dont le cœur était encore plus grand que la fortune, et quelle ingratitude paya son noble dévouement. « Il succomba sous les poursuites de plusieurs ses « haineux et malveillants tendants à le dépouiller et à eux « enrichir de ses biens (1). »

(1) Usage qui remonte à une haute antiquité. Joseph fut vendu à des marchands israélites voyageant en compagnie. La caravane a été de tout temps et est encore, dans l'Orient, un moyen de commerce.

(2) « Ses richesses, dit La Thomassière, furent le plus grand de « ses crimes, et donnèrent envie à des vautours de cour d'en pour-

Pour subvenir aux frais énormes qu'occasionnait la conduite d'un commerce au moyen de facteurs, les bénéfices durent être considérables ; ils le furent en effet : témoin la hauteur des intérêts que le commerçant paye au capitaliste (1). Mais ce mode de trafic était secondé par une autre institution qui contribua d'abord à en alléger les frais, et qui, plus tard, vint le contrarier, celle des corporations de marchands, nées du besoin de protéger l'industrie, ensuite instrument de la puissance royale, enfin objet de fiscalité et obstacle au progrès. Il y eût des maîtres, des compagnons, des apprentis, et le commerce trouvait dans l'apprenti et le compagnon des auxiliaires à bon marché.

Si, dirigés par un esprit de fiscalité ou tout autre motif, les rois et les seigneurs territoriaux sont, dans le principe, favorables à tous commerçants sans distinction, ils se montrent bientôt hostiles à l'étranger et au forain. Une politique à vues étroites et intéressées croit pouvoir s'assurer le monopole, et y puiser à son gré des ressources financières ; elle est aussi stimulée par l'égoïsme local des corporations, qui seront exploitées à leur tour. Chacune d'elles s'autorise d'un privilége exclusif dans une branche de commerce ou d'industrie, et, pour compenser les taxes qu'elle paye, elle exige tout ce qui tourne à son seul bien-être, sans nul égard à l'intérêt

« suivre la confiscation, et de lui faire son procès par des juges « intéressés et enrichis de ses dépouilles. »

Il possédait plus de quarante paroisses, outre les valeurs de portefeuille et les biens qu'il avait à l'étranger. Aussi le peuple disait qu'il avait trouvé la pierre philosophale. Dans sa disgrâce, ses facteurs lui restèrent fidèles et dévoués: Guillaume de Varic favorisa son évasion et ne le quitta plus; Jean de Village, autre facteur, vint le trouver à l'étranger pour régler avec lui. Ainsi, quand de hauts personnages se signalaient par la cupidité et l'injustice, de simples marchands donnaient des exemples de dévouement et de probité. Jacques Cœur, accueilli par Nicolas V, mourut en 1456 dans le palais de ce pontife (Bonamy, *Mém. de l'Acad.*, t. 20, p. 509.

(1) Plus de 20 pour 100 au treizième et même au quatorzième siècle.

général. Il en résulta que l'étranger, que le forain ne put, aux dépens des privilégiés, prétendre ni aux mêmes immunités, ni aux mêmes droits. La marchandise étrangère ou foraine est admise dans les halles, marchés, foires, les besoins de l'époque l'exigent; mais on veut que la localité participe au bénéfice. Ainsi, hors le temps des foires, l'étranger et le forain n'ont pas pleine liberté de vendre par eux-mêmes ou leurs facteurs. Un vendeur leur est imposé, *vendeur à privilège, en titre d'office.*

La première trace de ce commissionnaire privilégié se trouve dans l'ordonnance de 1350. *Les bonnes gens* ne sont sont pas obligés de se servir de ce vendeur; mais seulement lorsqu'ils vendent en personne ou par leurs serviteurs. Cette faculté, toutefois, ne se maintient pas en présence des corporations qui s'organisent avec toute leur énergie; l'institution du *vendeur obligé* reçoit un nouveau complément, sous Henri III, dans le règlement de 1586. Défense aux marchands forains, étrangers ou regnicoles, de vendre, hors le temps des foires, leurs marchandises dans les villes du royaume, si ce n'est sous balle et corde, en personne, et *non par facteurs, serviteurs et commis*; défense à tous marchands et habitants des villes de leur prêter leur nom ou marque, et de vendre par commission ou autrement; établissement de bureaux *en chef et tiltre d'office pour la vente desdites marchandises, selon et ainsi que l'on a accoutumé de les vendre*; obligation pour *ces vendeurs* de payer, s'ils vendent au comptant, vingt-quatre heures après la vente; et si à terme, quinze jours après le terme échu; privilége pour leurs avances et l'intérêt de leurs déboursés; bourse commune, et responsabilité des uns pour les autres envers les marchands pour le compte desquels ils ont vendu. Voilà, en fait de marchandise, où la coutume locale et la législation du pays ont réduit le commerce de commission.

L'étranger et le forain sont donc presque mis dans l'impuissance de commercer en personne ou par leurs facteurs dans les lieux de maîtrises. Cette nécessité de recourir à un

privilégié de la localité s'est continuée dans les siècles postérieurs. Savary nous apprend qne, de son temps, un forain ne pouvait vendre ses marchandises à Paris que par les mains d'un Parisien, à cause des priviléges de la maîtrise, et que le même usage existait en Angleterre. Les villes d'Italie et d'autres places défendaient de payer des lettres de change payables à un autre ordre que celui du preneur ; on voulait que l'encaissement en fût commis à un national et que celui-ci en retirât un bénéfice. Cette réciprocité de nation à nation, malgré le vice de son principe, n'était que trop juste.

Cette position où le commerce de marchandises a été placé, a conduit à une double conséquence : 1° de renfermer dans une sphère plus étroite l'institution du facteur paralysée par le statut du privilége ; 2° de produire une nouvelle industrie, celle du commissionnaire. La commission fut, il est vrai, en titre d'office, mais elle devint une nécessité. Il ne fut pas indistinctement permis à tout commerçant de vendre par lui-même ou par facteurs ; or la vente est le fondement du commerce. Quelques villes, néanmoins, restèrent franches, accordant à tous pleine liberté de vendre, d'acheter, de négocier ; et même dans les villes de maîtrises, si tous ne pouvaient vendre, tous pouvaient acheter ; car l'achat, loin de nuire au privilége, lui profitait. Il y eut même certaines industries qui, au milieu des maîtrises, demeurèrent libres, le transport par terre et par eau, l'entrepôt de marchandises, l'assurance, et, ce qui est à remarquer, la banque.

Ce n'est pas que, dans les anciens monuments, il ne soit question de *changeurs en titre d'office ;* mais le change de place ne put jamais être régulièrement soumis au monopole. Ce sont des étrangers, les Italiens ou Lombards, qui exercent principalement cette industrie dont ils ont connu toutes les ressources. En cas de détresse, les gouvernements trouvent un moyen facile de se procurer des fonds soit en traitant avec eux, soit en les expulsant et en soumettant leur rappel ou leur tolérance à des conditions pécuniaires. Enfin

les nationaux, arrêtés peut-être par la prohibition du prêt à intérêt, ne se sont appliqués que tardivement à étudier les diverses combinaisons du change, tandis que la sagacité italienne s'est, de bonne heure, exercée à en varier les formes et à les faire servir à pallier *l'usure*. Le commerce d'argent s'est donc maintenu contre l'envahissement du privilége, et la commission de banque a pu librement se développer sous l'influence des circonstances et des besoins du commerce.

On attribue le change de place, tantôt aux Juifs chassés de France, tantôt aux Guelfes expulsés de l'Italie ; on va même jusqu'à désigner l'année de cette ingénieuse découverte, de la même manière que l'on indique la date précise d'une invention mécanique. En fait de conventions, les choses ne se passent pas ainsi, Les conventions naissent d'un besoin, elles l'expriment, elles le suivent, elles se modifient avec lui, et se pratiquent longtemps en secret avant de se révéler au grand jour.

A l'Italie, suivant toute probabilité, se reporte, sinon la première idée, du moins le perfectionnement du change. C'est elle qui préside à la renaissance du commerce ; aux douxième et treizième siècles, c'est elle qui le domine, et avec lui elle possède presque toute la masse du numéraire. Les Lombards s'établissent en compagnies dans les divers royaumes, et y obtiennent des priviléges étendus (1). Il n'est point de ville de quelque importance qui ne conserve, dans le nom d'une rue ou d'une place, le souvenir de leur séjour et des opérations qu'ils faisaient.

Concentré entre leurs mains, ce commerce est pour eux une source inépuisable de richesses, mais aussi leur attire de fréquentes disgrâces. Saint Louis ayant résolu de les expulser, motive cette mesure sur ce que les Caorcins (Lombards) et plusieurs autres vampires étrangers prêtent à usure sur gages : *Caorcini atque etiàm quàm plures alienigenæ*

(1) Ordonnance de 1294, 1295. Charte de septembre 1295. Coll. des Ordonn,

*usurarii in regno nostro super pignoribus mutuant ad usuram*; qu'ils ont des établissements et des maisons, repaires de leur criminelle industrie : *habentes ad hoc domos et mansiones*; que, par leurs usures meurtrières, ils appauvrissent le royaume, outre les nombreux méfaits qu'on leur impute de commettre : *in quarum extorsione usurarum valdè depauperant regnum, ac in domibus et mansionibus suis multa mala perpetrare dicuntur*. Même langage de la part de Philippe de Valois, sixième du nom, dans son ordonnance de 1330 : « Pour excessives et insupportables usures que fai-« saient plusieurs Italiens, casseniers, usuriers, dont la cla-« mour du peuple nous est venue, nous avons fait prendre « eux et leurs biens. » Jean I^er^ ne les épargne pas davantage. Il leur reproche aussi de dévorer son royaume et ses sujets par l'usure, et il les chasse tous indistinctement, qu'ils aient ou non formé des associations (1).

La France seule n'est pas le théâtre des spéculations de ces compagnies; l'Angleterre et les autres États les subissent également, et là, comme ailleurs, on les expulse. Mais l'argent rend leur expulsion souvent illusoire. « Ces abominables « Caorcins, dit un auteur du temps, ont pris un tel accrois-« sement (*invaluit adeò Caorcinorum pestis abominanda*), « qu'il n'est presque personne, jusque dans les rangs les « plus élevés (*maximè prælatus*), qui ne soit enlacé dans « leurs filets (*qui retibus eorum non illaquearetur*). Le roi « lui-même est sous le poids d'une dette énorme (*debito « inæstimabili obligatus*). Ils circonviennent ceux qui se

(1) Advertens regnum suum et ipsius subditos, per usurarum voragines quas Lombardi, Italici, et alii exercuerunt, fuisse ac fore multipliciter depressos ac etiam depauperatos...... Societates Scamporum, Angoissolorum...... ac omnes alios forenses tàm societates quàm singulares personas Lombardorum, Italicorum, Ultramontanorum, etc. (Ord. 18 juillet 1353, portant que les biens des *usuriers lombards* et des *Italiens ultramontains* seront mis en la main du roi.)

« trouvent dans un besoin pressant d'argent, et déguisent « leur usure sous l'apparence d'une négociation (*usuram « sub specie negotiationis pallianles*), feignant d'ignorer que « tout ce qui accroît le capital est une usure, quelle que « soit la dénomination qu'on lui donne (*quidquid sorti ac- « crescit, usura est, quocumque nomine censeatur*). Il est « évident que tous ces palliatifs sont proscrits par la charité. « Ils se sont tellement multipliés et enrichis que, proprié- « taires des plus magnifiques palais, ils ont pris domicile « comme s'ils étaient des citoyens indigènes (*nobilisima pa- « latia sibi comparantes, stabilem sibi more civium indige- « narum mansionem statuerunt*). En vain on ordonne leur « expulsion; ils donnent de l'argent, justification trop or- « dinaire des plus impies, et la plupart d'entre eux trouvent « une retraite (*expulsi, datâ pecuniâ quæ nimis solet impios « justificare, adhuc pro magnâ parte latuerunt*). C'est qu'en « effet, ajoute l'auteur, ils se mettent sous la protection de « quelques grands qui, par leur moyen, pratiquent aussi « l'usure (*quorum pecuniam ad multiplicandum semina- « bant*). » Matth. Pâris.

Tels sont ceux qui, dans ces siècles, se livrent aux opérations de banque et d'argent. Si l'on considère les circonstances où s'est trouvé le commerce, on voit que le change en est sorti comme une nécessité, et comme un moyen de vaincre les obstacles qui l'entravent.

Les États de l'Europe sont, à la naissance du commerce moderne, démembrés en une multitude de seigneuries féodales sans autre lien qu'une vaine suzeraineté, que, dans la suite, les communes rendirent puissante. Souverain dans son territoire, chaque baron bat monnaie, et, au gré de son intérêt ou de son caprice, il l'affaiblit ou l'altère. C'est, dit le président Hénault, le genre d'impôts du temps. Avec un système monétaire multiple et variant sans cesse, le commerce est sans règle, sans guide, exposé à une ruine de chaque jour: *Jactabatur temporibus illis nummus sic, ut nemo posset scire quid haberet*. A ce désordre, il faut un remède;

on l'invente. Le commerce se constitue son propre caissier dans les foires, centre des opérations importantes (*ad eas nundinas accedunt multi capserii nummati à quibus mercatores accipiunt cambio*) ; il se fait son propre payeur (*accedunt etiam bancherii depositarii qui deposito accipiunt pecunias mercatorum et capseriorum, easque solvunt ex mandato eorum qui deposuerunt* (Scaccia, § 1, Q. 7, n° 8). Il imagine de faire que l'argent, signe de toutes valeurs, devienne marchandise et prix de cette même marchandise ; il crée une monnaie fictive, représentant une quantité convenue de fin et payable par une quantité plus ou moins grande de fin en monnaie courante suivant la concurrence et l'état du marché, et, pour résoudre ce difficile problème, il reconnaît des places donnant, les unes le *certain*, c'est-à-dire une somme fixe, les autres l'*incertain*, c'est-à-dire un prix variable (1). Il se met ainsi à l'abri de toute altération de monnaies, brave impunément la défense d'exporter l'or et l'argent, et prévient les rapines et les violences trop ordinaires dans ces temps. Il se donne rendez-vous dans les foires, et, en quelques jours, par des virements, il opère la liquidation et le solde des négociations de plusieurs mois : *In istis nundinis fiunt pecuniarum solutiones et traditiones, ita ut alii debita solvant, alii verò debita contrahant ; redduntur etiam itidem dati et accepti rationes, et denuò pecuniæ creduntur et accipiuntur, et totum hujusmodi negotium sine ullis ferè pecuniis conficitur, datis et acceptis solum chirographis aut syngraphis* (Scaccia). Le change, dont l'objet fut d'abord de faciliter, à peu de frais et sans risques, le payement de la marchandise, devient lui-même un trafic propre (*cæpit ordinari et converti in mercaturam et negotiationem lucratoriam*). On n'use pas du change, parce qu'on a besoin de capitaux dans des lieux où l'on s'approvisionne de marchandises, mais on en fait une opération lucrative : *Hodiè*

(1) Le *certain*, c'est l'argent-marchandise ; l'*incertain*, la monnaie-prix.

*campsores non exercent cambiorum negotiationem eo quia ipsi pro usu mercaturæ indigeant restitutione pecuniarum in loco pro quo dant cambio, sed quia ex eo loco volunt facere alia cambia ex quibus lucrum majus quàm ex alio negotio faciunt* (Scaccia, § 1, Q. 7, n° 8).

Une circonstance mérite d'être remarquée, parce qu'elle n'eut pas moins d'influence sur le change de place que la variété des monnaies et la variation de leur valeur nominale : c'est la prohibition du prêt à intérêt. Intérêt et usure étaient alors synonymes, car on tenait pour usure tout ce qui accroît le capital : *Usura est quidquid sorti accrescit.* Sa procription absolue passa d'autant plus facilement du droit canonique (1) dans la loi civile, qu'elle devenait, aux mains des seigneurs, un nouvel instrument d'extorsion et de fiscalité. Les biens de l'usurier condamné comme tel leur étaient dévolus par *droit de confiscation.* Ce n'est pas qu'il fût impossible de se rédimer d'avance de la commise, car, toujours avides d'argent comptant, ces seigneurs vendaient, à qui pouvait l'acheter, la permission de pratiquer impunément l'usure dans le fief soumis à leur domination, comme on a vu, de nos jours, vendre des *licences* pendant le blocus continental; mais ces *componendes* coûtaient fort cher, et, règle générale, le prêt à intérêt était sévèrement défendu, sévèrement puni. Cependant le commerce ne peut exister, ou du moins prendre quelque essor, sans des capitaux ou des avances. C'est ce que les conseillers de saint Louis lui représentaient pour le détourner du projet d'expulser les juifs : « Sans le prêt à intérêt, disaient-ils à ce prince, le peuple

(1) Troisième concile de Latran, deuxième concile de Lyon, les conciles de Nicée, de Carthage, de Vienne, etc., tous admis en France quant à la prohibition du prêt à intérêt. D'après le troisième concile de Latran, les usuriers (prêteurs à intérêt) doivent être privés des sacrements et de la sépulture ecclésiastique. Le second concile de Lyon défend de leur louer des maisons ou de les loger.

« sera réduit à mourir de faim, car il ne pourra ni cultiver « la terre, ni exercer un commerce, ni se livrer à aucune in- « dustrie. L'usure (le prêt) étant donc une nécessité, « et puisque les juifs sont damnés *d'ors et déjà*, ne vaut-il « pas bien mieux les laisser faire ce métier de damnation, « que de l'abandoner à quelques chrétiens qui oppriment « vos sujets par des usures encore plus immodérées? » ***Asserentes quod populus vivere non poterat sine mutuo, nec terræ excoli, nec ministeria vel mercimonia exerceri, et melius esse dicebant et tolerabilius quod judæi qui jàm damnati sunt hujus damnationis exercent officium quàm aliqui christiani qui ex hâc occasione etiam majoribus usuris populum opprimebant.***

Ce fut donc, en quelque sorte, une condition vitale pour le commerce, que d'éluder la prohibition du prêt à intérêt; il s'ingénia, et la prohibition fut vaincue.

Le change fut le manteau sous lequel l'usure s'enveloppa, ***latens sub pallio cambii***, et c'est surtout dans les foires qu'elle exerça toute son activité. Aussi s'écriait-on dans les écoles, avec l'accent du désespoir : « Le change est le labyrinthe des « consciences, l'abîme du salut, une guerre sans trêve, « une mer sans port, un édifice sans fondement. » ***Cambium videtur labyrinthus conscientiarum, præcipitium salutis, conflictus sine concordiâ, pelagus sine portu, ædificium sine fundamento.***

C'est qu'en effet, pour échapper à l'étreinte de la loi civile, ce nouveau Protée se revêt de mille formes : ***Mercatores novis quotidianisque inventis negotiationem istam instruunt..... adeò quod (loquendo de isto campo barathroque cambiorum) præter ipsos mercatores, rari sunt qui facta ipsa intelligant.***

Il se fait une langue à part, connue de lui seul; et dans quel but? « Afin que les jurisconsultes et les plus habiles « gens, ignorant cette espèce *d'argot*, ne sachent de quels « termes se servir pour condamner les opérations qu'il « couvre. » ***Posset quis probabiliter dubitare cambiorum negotiatores de industriâ hunc concisum, abstrusum et perplexum***

*loquendi contrahendique modum excogitare, ut jureconsulti aliique docti viri, ignoratis cambiorum terminis, ea damnare nesciant.*

Il n'est point de fictions, de simulations, de détours subtils et ingénieux auxquels il n'ait recours, se jouant de la loi alors même qu'il paraît lui obéir : *Adhibitis fictionibus legem servare videntur, et illius mentem in foro fori impunè lædunt :* et c'est ainsi que, cachant ses mystères, la cupidité parvient à faire illusion aux esprits les plus pénétrants : *Cupiditas excogitavit tot artes lucrandi in contractu cambii, ut illæ artes superent aciem et acumen ingenii cujusvis qui cambii controversias velit definire.*

Les théologiens, les jurisconsultes, les publicistes, épiant l'usure sous tous ses déguisements, l'ont suivie dans la vente, la société, la location, etc. Ils ont interrogé tous les actes, tous les faits, toutes les circonstances, attentivement examiné, soigneusement distingué toutes les espèces ; et voici surgir en deux lignes un contrat multiple, dont la fallacieuse simplicité se prête à toutes les combinaisons, et où l'usure trouve à se cacher sous tant de formes diverses, sous tant de couleurs changeantes, qu'elle se dérobe aux yeux les plus clairvoyants : *Mercatores istis fictionibus adhibitis, sub unâ brevi verborum structurâ tot complicant contractus, ut vix discerni possint, et in hoc sibi leges confingere videntur.* Les docteurs, les confesseurs eux-mêmes ne savent plus qu'en penser, et la science reste confondue : *Mercatores.... talia conrathunt cambiaut et confessarios teneant perplexos, et doctores reddant obscuros et varios.*

Les disputes s'engagent, de longues années se passent en argumentations, et que résulte-t-il de toutes ces controververses (1) ? Ce que Scaccia dit des opinions diverses des théo-

(1) Les textes qui servaient d'aliment à ces controverses sont Deutéronome, chap. 23, vers. 19 et 20 : le psaume 14, vers. 2 et 5; saint Luc, chap. 6, vers. 34, et plusieurs canons de différents conciles.

logiens sur les monts de piété de Florence, les prêts de Venise, la banque de Gênes : « ils envisagent la matière sous « tant de rapports, et la retournent en tant de sens, que ce « qu'ils en disent est plus propre à embrouiller le cerveau « qu'à résoudre les difficultés; bien plus, ils en augmentent « le nombre, et leur langage est d'une flexibilité si accom- « modante, que, de quelque opinion que vous vouliez être, il « sèmblera que c'est aussi la leur. » *Sub tot multiplicibus considerationibus et circumstantiis discurrunt, ut cerebrum potiùs involvant, quàm difficultates tollant; imò difficultates multiplicant, et ità nutanter loquuntur ut, quam quisque sententiam voluerit, secuti videantur.*

Résumant tous ces débats, Soto (1), qui, dans le concile de Trente, était écouté avec admiration et considéré comme *le prince des théologiens*, avoue que « bien que le change ne soit « ni une vente, ni un louage, ni un prêt à usage, ni un prêt « de consommation, et diffère des autres contrats, il ne peut « cependant pas dire si c'est une espèce particulière de négo- « ciation, une convention *sui generis.* » *Nescire se an sit cambium propria species negotiationis, cùm non sit emptio, neque locatio, aut commadatio, neque mutatio, et à reliquis contractibus distet.*

Mais on n'en continua pas moins d'agiter la question de savoir s'il est possible à un marchand de sauver son âme, non seulement en faisant le commerce d'argent, mais même en ne pratiquant que celui de marchandises. Saint Léon avait dit depuis longtemps qu'il est difficile que le péché ne se glisse pas entre le vendeur et l'acheteur : *Difficile est inter ementis vendentisque commercium non intervenire peccatum* (*Epist.* 2, *ad Rusticum*, *circà ann.* 443); et Cassiodore avait exhalé une sainte indignation contre ces marchands qui, entraînés par l'appât du gain, recouraient aux parjures pour vanter leurs marchandises et en retirer des prix exorbitants : *Negotiatores illi abominabiles qui.... per immoderatum pe-*

(1) Dominique, de Ségovie, confesseur de Charles-Quint.

*cuniæ ambitum pollauntur, merces suas plus perjuriis onerando, quàm pretiis* (Cass. *in psal.* 70). Néanmoins, suivant lui, ceux-là seulement furent chassés du temple par le Seigneur, qui leur dit : Ne faites point une maison de trafic de la maison de mon père : *Tales ejerit Dominus dicens : Nolite facere domum patris mei domum negotiationis;* car l'auteur commence par dire : « La qualité du gain excuse ou condamne le marchand; s'il y a un gain honteux, il est aussi « un gain honnête : » *Qualitas lucri negotiantem aut excusat, aut arguit, quia est vel honestus quæstus, vel turpis.*

C'est à ce dernier avis que Scaccia se range après avoir pesé les raisons pour et contre. Selon lui, ceux qui redoutent en général le commerce comme l'écueil du salut, et c'est le plus grand nombre (*qui omnia ferè commercia formidant, et hi plerique sunt,*) produisent l'effet contraire de celui qu'ils veulent obtenir. Car, ajoute-t-il, « obligé par nécessité de se « livrer à des négociations, en même temps qu'on le terrifie « par des scrupules exagérés, le commerçant qui se voit « comme poussé dans une voie de perdition a coutume de « dire, bien à tort sans doute, que, ne pouvant trafiquer de « son argent qu'à la perte de son âme, il aime mieux s'acheminer vers l'enfer à cheval qu'à pied : » *Negotiator tantâ scrupolositate deterritus et ad negotiandum necessitate compulsus...... et quasi in viam perditionis inductus, pessimè dicere solet quod ex quo sinè animæ periculo suam pecuniam traficare non potest, vult ad inferos, non pedester, sed equester accedere.* (Scacc. n. 15 et seq.)

Cependant, au milieu de toutes ces discussions, l'on finit par admettre, du moins comme une vérité de fait, que le prêt à intérêt est favorable, parce que, sans lui, point de commerce ni de commerçants possibles : *interusurarii materia favorabilis quià, sublatis interusurariis, mercatores et mercatura facilè ruerent.* Tel fut en général le principe admis dans la pratique des nations commerçantes. On trouve même, à diverses époques, *des ordonnances royaux* permettant les stipulations d'intérêts entre marchands, et particulièrement

pour les obligations payables en foire. Mais, outre que ces ordonnances manquaient de stabilité, leur empire ne s'étendait pas uniformément sur le pays, parce que telle ordonnance était enregistrée dans un parlement, qui ne l'était pas dans un autre, et que d'ailleurs ces cours souveraines procédaient par voie d'arrêts de règlement, chacune dans son ressort. C'est ainsi, par exemple, que le Parlement de Paris, *le 10 janvier* 1777, en rappelant comme devant être strictement exécutées une foule de lois prohibitives de l'usure (*quidquid sorti accrescit*), depuis et compris le capitulaire de Charlemagne de 789, jusques et compris l'ordonnance de Blois de 1579, ordonne aussi l'exécution de plusieurs de ses arrêts sur la même matière, entre autres de celui du 26 juillet 1565. Or cet arrêt « fait inhibition et défense à toutes per- « sonnes, de quelque qualité et condition qu'elles soient, « *marchands ou autres*, tant hommes que femmes, d'exercer « usure par eux ou par *gens attitrés* et interposés, ni de prêter « deniers sous prétexte de commerce public, à intérêt, soit « sur gages ou autrement, *sous peine de confiscation de corps* « *et de biens*; enjoint icelle cour à tous ceux et celles qui en « savent et connaissent aucun, de venir en révélation (1), sur « peine de 100 liv. parisis d'amende, applicables au roi, et « de punition corporelle, à ce que telle manière de gens « comme pestilentiels et pernicieux à la chose publique *soient* « *du tout exterminés.* » Mais de tels arrêts n'avaient guère plus de fixité ni d'autorité que les ordonnances décrépites qu'on essayait de remettre en vigueur. Le bon sens public en triomphait sans peine, et le commerce poursuivait sa carrière. « Il en sera toujours ainsi, disait M. Turgot (2) toutes « les fois que la loi défendra ce que la nature des choses rend « nécessaire. »

Voilà principalement quelle influence la prohibition du prêt à intérêt exerça sur le commerce d'argent, et sur la

(1) On publiait des *monitoires.*

(2) *Mémoire sur le prêt à intérêt*, publié en 1770.

marche plus ou moins oblique qu'il se vit forcé de suivre, selon la différence des temps et des circonstances.

Les agents nécessaires à son extension et à sa prospérité furent d'abord le facteur et le commis; mais plus tard, dès que les communications rendues plus faciles lui permettent d'étendre ses relations, que les foires n'ont plus la même importance et que les profits diminuent, résultat naturel des concurrences qui se multiplient, ces premiers agents, désormais trop dispendieux, sont remplacés par un correspondant, c'est-à-dire un commissionnaire, soit qu'il s'agisse du change simple (*cambium simplex*), soit pour le change de foire avec retour (*cambium nundinale*), qui se divisait en plusieurs espèces; et vu que, pendant la durée des foires, les lieux où elles se tenaient étaient lieux de franchise, et que le commerce d'argent n'avait pas été inféodé au monopole, le correspondant put le seconder dans toutes les circonstances, et la commission se mêler, en liberté, à toutes ses opérations.

Il n'en fut pas ainsi du commerce de marchandises. L'étranger et le forain ne sont pas libres de se choisir un correspondant; on leur en impose un en titre d'office; et, du moment où celui-ci est aboli, ses priviléges tombent dans le domaine des corporations qui se partagent les diverses industries.

Comme c'est dans la marchandise et dans l'argent que se résume tout le commerce, ses agents fondamentaux, ses principaux auxiliaires sont le commissionnaire du trafic d'argent, et celui du trafic de marchandises. Les autres, quelle qu'en soit l'importance, se rattachent à ceux-là, et ne sont que secondaires. En effet, s'il n'existait ni vente, ni change, quel besoin d'un commissionnaire d'entrepôt, de transport, d'un commissionnaire pour assurer, pour remettre, etc.? Aussi, quoiqu'ils n'aient pas toujours été exempts de quelques embarras passagers, du moins la féodalité, le privilége *et des préjugés scholastiques* (1), ne leur opposèrent-ils jamais les

(1) Expressions de M. Turgot.

grands obstacles que les deux premiers eurent à surmonter.

On voit donc, en résultat, qu'en vertu d'une volonté libre, déterminée toutefois par un concours de circonstances favorables aux progrès de la civilisation et des arts, c'est le commerce lui-même qui, appréciateur de ses propres intérêts, a substitué au facteur le commissionnaire en banque; mais que l'égoïsme du statut local n'en continua pas moins de lui imposer le commissionnaire pour vendre.

Aussi longtemps qu'a duré ce régime anticommercial, on ne pouvait généraliser un contrat localisé dans son élément essentiel, sous des *usements* disparates que le privilége variait ou modifiait au gré de son caprice. Aujourd'hui que, grâce aux décrets de l'Assemblée constituante, l'industrie et le commerce sont dégagés de toutes entraves, il est possible non-seulement d'étudier la Commission dans les vrais principes du droit, mais encore de la réduire en un système, et de suivre le contrat dans ses diverses applications.

# TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

# DROIT COMMERCIAL

---

## CONTRAT DE COMMISSION

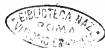
---

### CHAPITRE PREMIER

Origine du mandat commercial considéré comme genre; caractère distinctif de la commission qui en est une espèce; définition de ce contrat;

Application des principes fondamentaux sur ce qui constitue les actes de commerce;

Des qualités essentiellement nécessaires à l'objet de la commission, et des personnes entre lesquelles le contrat peut ou ne peut pas se former.



## § I

### ORIGINE DU MANDAT COMMERCIAL CONSIDÉRÉ COMME GENRE; CARACTÈRE DISTINCTIF DE LA COMMISSION; DÉFINITION DU CONTRAT.

### SOMMAIRE.

1. Division en trois catégories de tous les agissements pour autrui, soit dans l'ordre public, soit dans l'ordre privé.
2. Acception du mot *mandat*; sens restreint, sens étendu.
3. La classification des personnes et des choses est l'ouvrage de l'homme; deux grandes divisions des choses, en *immeubles* et *meubles;* des personnes, en *commerçantes* et *non commerçantes;* des affaires, en affaires *civiles* et affaires *commerciales.*
4. Par conséquent deux *mandats-genres,* l'un civil, l'autre commercial.
5. En quoi ils conviennent; en quoi ils diffèrent; la différence est unique, mais fondamentale.
6. Considéré comme genre, le mandat commercial se divise en un grand nombre d'espèces; il importe de saisir le fait propre à chacun; ce fait constitue l'espèce.
7. Pour marquer d'un sceau distinctif l'agissement du commissionnaire, il suffit de le distinguer des autres agissements commerciaux qui ont de l'analogie avec le sien.
8. Quel est le caractère particulier de l'agissement du courtier et de l'agent de change.
9. En quoi consiste l'agissement du préposé, du commis-voyageur;
10. En quoi consiste l'agissement distinctif du commissionnaire; comment il se différencie du courtier.
11. Ce que c'est que l'agent d'affaires.
12. La différence entre le commissionnaire et le préposé rendue sensible par la comparaison de leur agissement respectif.
13. Résumé de ce qui différencie le préposé du commissionnaire et le courtier de chacun d'eux.

1. — L'agissement pour autrui, ramené à son élément e plus simple, se présente

Soit comme exécution d'un commandement, *jussus præceptum superioris*,

Soit comme exécution d'une convention, *mandatum*,

Soit comme un fait purement volontaire, *negotiorum gestio*, *susceptio.*

A cette triple cause d'agissements se rapportent les intérêts de tous et les intérêts de chacun, dans l'ordre public et dans l'ordre privé. On n'en peut concevoir qui ne se rangent dans une de ces trois catégories.

La première, qui n'est pas de notre sujet, comprend tout ce qui se fait par injonction de la loi et de la puissance publique. Le ministre, le député, l'ambassadeur, le préfet, le maire, les divers préposés de l'administration du pays, le juge qui dit droit, le tuteur et son subrogé, le général qui commande, le soldat qui exécute, etc., sont tous autant de mandataires *jussu, potestate*.

Les deux dernières catégories embrassent tout ce qui se rapporte aux intérêts privés. Il ne s'agit actuellement que du mandat. La gestion d'affaires aura ses explications à part.

2. — Le mot *mandat* reçoit une double acception : dans le sens le plus restreint, il ne signifie que pouvoir d'agir (1).

Dans le sens le plus étendu, c'est une expression générique qui s'entend de toute convention par laquelle on promet, ou de tout fait par lequel on commence l'exécution d'un ordre (2) d'agir pour un autre que soi-même, quel que soit l'agissement.

Nous disons *quel que soit l'agissement*, parce que n'y ayant dans la nature ni genres, ni espèces, mais seulement des *individus*, le mandat, à le considérer par abstraction des règlements de la loi civile, n'aurait ni genre qui le distinguât des autres contrats, ni espèce qui fît distinguer entre tel et tel mandat, et il en serait ainsi de toutes les conventions. Il n'importerait donc que celle de mandat intervînt entre telles ou telles personnes, ni sur telles ou telles choses. Nul n'en serait incapable, et tout ce qui n'est pas humainement impossible pourrait indifféremment en

(1) Procuration.

(2) Contractus quo aliquid gerendum committitur et suscipitur.

devenir la matière. Il n'importerait même pas qu'il fût défendu par la loi naturelle. Le mandat, il est vrai, ne serait pas valable; mais le fait du mandat n'en aurait pas moins existé et n'en subsisterait pas moins (1) ; seulement il ne produirait aucune obligation réciproque (2).

3. — La classification des personnes et des choses, quoique indiquée par la nature, n'est cependant pas son ouvrage ; c'est celui de l'homme, le fruit de ses observations, la conquête de sa raison, l'élaboration de la science, puis enfin l'œuvre de la législation.

La législation réglementaire des intérêts privés, en tant qu'elle a trait à notre sujet, se fonde principalement, chez nous, sur deux grandes divisions, l'une expresse, celle des biens en immeubles et meubles ; l'autre virtuelle, celle des personnes en commerçantes et non commerçantes (article 516 C. civ., et art. 1, 632 C. com. (3). (V. t. 1, nos 18, 34).

(1) Facta pro infectis haberi non possunt.

(2) « Planè si Titius tuo mandato aliquem occidit, aut vulneravit, « aut contumeliâ affecit, etsi hic nulla *ex contractu* inter vos obli- « gatio oritur, uterque tamen obligamini ex delicto, neque te, qui « mandasti, excusat quod Titius facinus perpetravit; neque Titium, « quod tu mandaveris; atque hoc in tantum procedit, ut tu parem « cum Titio pœnam sustineas. » (Vinnius, *De mandato*, lib. 3, tit. 37, § 7, n° 2.)

La loi qui déclare complice d'une action qualifiée crime ou délit *celui qui donne des instructions pour la commettre*, punit en lui un mandant, et un mandataire dans celui qui exécute *ces instructions* (artC. 60, . pén.).

(3) Cette division des personnes, quoiqu'elle ne soit que virtuelle, n'en a pas moins de réalité; nombre de dispositions législatives en font foi.

En voici quelques-unes :

Le commerçant, seul, dès qu'il cesse ses payements, est en état de faillite, et peut être privé de sa liberté, avant même qu'on se

Cependant, que des intérêts privés soient ceux d'un commerçant ou d'un non-commerçant, et se rapportent à des meubles ou à des immeubles, rien, dans la nature des choses, qui rende impossible la gestion de ces intérêts par un même mandat ou par des mandats de même espèce. Cela est si vrai que la loi romaine n'en faisait aucune dif-

soit informé s'il est coupable ou innocent. Tout autre citoyen, dans les mêmes circonstances, n'est que déconfit, et attenter à sa liberté serait un crime. Cet état de faillite produit de graves conséquences et est l'objet de dispositions particulières dans la loi commerciale, dans la loi pénale et même dans celles qui règlent l'exercice des droits politiques.

Un commerçant qui se marie est tenu de rendre public un extrait de son contrat de mariage, et la femme n'a, vis-à-vis des créanciers de son mari, ni les mêmes privilégos, ni les mêmes garanties que celle d'un autre citoyen, dans une circonstance analogue.

Le commerçant est assujetti à une tenue régulière de livres. Leur irrégularité suffit pour le constituer en état de banqueroute simple, qui entraîne un emprisonnement; s'il soustrait ses livres, travaux forcés à temps.

Il est contraignable par corps pour tous ses engagements commerciaux. Tout autre citoyen ne le devient que dans certains cas expressément prévus par la loi.

Malheureux ou coupable, il n'est jamais admis au bénéfice de cession. Tout autre débiteur de bonne foi peut conserver sa liberté par l'abandon de ses biens à ses créanciers.

Cette énumération, dans laquelle on pourrait faire entrer beaucoup d'autres choses, suffit pour démontrer que le commerçant est réellement classé à part des autres citoyens, et l'art. 1er du Code de commerce n'a d'autre but, en le définissant, que de donner les moyens de le reconnaître.

Il ne faut point, disait-on lors de la discussion du Code, faire des commerçants une classe à part : c'est le commerce et non les commerçants qui doivent être l'objet de la législation ; comme s'il pouvait y avoir un commerce sans commerçants, et, par exemple, des fonctions publiques sans fonctionnaires; ce n'était là qu'un langage approprié à une époque encore très-rapprochée de la date des lois qui avaient aboli les maîtrises, les jurandes et toutes les corporations.

férence. Il n'en est pas ainsi de la loi française : non-seulement elle distingue tous les biens en immeubles et en meubles ; mais, en outre, elle statue que ces derniers peuvent seuls entrer dans le trafic ou le commerce proprement dit, c'est-à-dire *l'échange de valeurs* mobilières pour valeurs mobilières.

Bien plus, elle imprime arbitrairement le caractère commercial à certaines choses, et celui de marchandise à certains actes, à certaines valeurs incorporelles.

Enfin, par cela seul qu'une personne aura pris l'habitude de faire des actes que la loi déclare commerciaux, *v. g.*, d'acheter pour revendre, toutes les obligations qu'elle contracte sont censées se rattacher à son commerce et l'avoir pour cause, si le contraire n'est mis en évidence.

Et, pour que la distinction des actes de commerce fût encore plus tranchée, une juridiction est établie, seule compétente pour en connaître.

Nous n'avons pas à examiner comment, par une série de dispositions purement arbitraires, sans égard à la nature des choses, nous allions dire contre toute raison, le législateur a rendu tous biens immeubles ou meubles, des créances, par exemple, et jusqu'à des droits de servitude. Il suffit de rappeler que ce qu'il déclare meuble peut seul être *marchandise* (1), et qu'en imprimant arbitrairement le caractère commercial à une foule d'actes (2) et

(1) On disait autrefois *faire la marchandise*, pour signifier *faire le commerce*; de même à Rome, *facere mercaturam*, dit Plaute.

(2) Que les pirouettes d'une danseuse de l'Opéra soient meubles, à la bonne heure, *mobilitate viget*; mais des actes de commerce! C'est pourtant comme cela. Tel cheval est aujourd'hui meuble aux messageries, qui demain sera immeuble dans une autre exploitation.

d'engagements aussi bien qu'à une infinité de choses mobilières, et en créant une juridiction pour juger les faits déclarés commerciaux, elle a évidemment rangé les affaires privées en deux grandes classifications : affaires *civiles*, affaires *commerciales*.

Que la loi n'ait point exprimé le caractère distinctif des affaires *civiles*, terme que nous emploierons désormais, à défaut d'une expression plus juste, par opposition au mot *commerciales* : qu'importe? En excluant du commerce les immeubles, en n'y faisant entrer que les meubles, en déterminant quand une opération faite sur des meubles est commerciale, elle a manifestement établi deux branches distinctes d'affaires.

4. — Par conséquent, il n'est ni convention, ni contrat quelconque qui ne tombe dans le domaine de l'un ou de l'autre droit, selon le caractère civil ou commercial de son objet.

Conséquemment aussi, le mandat civil et le mandat commercial sont deux contrats *sui generis*, dont chacun, approprié à un ordre distinct d'affaires, peut se diviser et se divise effectivement en diverses espèces.

Mais, bien que par la nature spéciale de leur objet respectif ils constituent deux genres distincts, ils n'en conservent pas moins des rapports communs, par cela seul qu'ils sont conventions de mandat.

5. — L'un et l'autre prennent leur source dans le besoin de remettre en des mains étrangères le soin d'une affaire que l'on ne veut pas, et que le plus souvent on ne peut pas conduire soi-même. Et tous deux reposent sur une confiance mutuelle dont la bonne foi doit être le premier, le plus sûr garant. *Quibus in rebus ipsi interesse non*

*possumus, in his operæ nostræ vicaria fides amicorum supponitur.* Cicer. pro Rosc., cap. 38 (1).

Ils lient également l'étranger et le citoyen, peuvent être absolus, à terme, sous condition, limités ou illimités, et toutes personnes en sont capables à moins d'une disposition expresse de la loi.

Recevant leur perfection par le seul consentement, ils n'exigent aucune formalité pour former un lien de droit, leur validité restant toujours indépendante de l'acte ou instrument destiné à prouver leur existence.

Ils ont chacun des choses qui sont de leur essence, *substantialia sine quibus contractus nec existit nec talis est, sed mutatione et alteratione substantiæ, desinit esse talis et in aliam conventionem transit;* des choses qui sont de leur nature, *naturalia quæ, etiam non expressa, tacitè intelliguntur,* quoique ces choses qui sont de leur essence ou de leur nature, ne soient pas les mêmes dans l'un et dans l'autre.

Ils produisent des obligations réciproques; celle du mandataire est principale, *directa;* celle du mandant, secondaire, *contraria.*

Tous deux finissent soit par la mort naturelle ou civile du mandant ou du mandataire, soit par la révocation de celui-ci ou sa renonciation au mandat, soit par l'interdiction ou la déconfiture (commercialement parlant, la faillite) de l'un ou de l'autre.

Contrats du droit des gens, *juris gentium*, consensuels, synallagmatiques, imparfaits, révocables: voilà des caractères communs au mandat civil et au mandat commercial.

(1) *Amicorum.* Il est d'usage dans le commerce que les correspondants s'entre-donnent le titre d'amis. Cependant, inutile d'observer que Cicéron ne l'emploie pas dans ce sens.

Mais, comme ils s'appliquent chacun à un ordre différent d'affaires privées, chacun d'eux a aussi une différence qui lui est propre. Cette différence est unique, mais fondamentale : *le caractère civil ou commercial de leur objet.* Sans cette différence, que servirait la distinction légale entre les choses qui sont du commerce et celles qui n'en sont pas? Pourquoi deux juridictions, et quel besoin de deux législations?

Ainsi, *au mandat civil tout ce qui n'est pas commercial; au mandat commercial tout ce qui l'est;* et aucune méprise n'est possible sur le caractère distinctif de chacun des deux, pourvu qu'on ne se méprenne point sur le caractère de son objet. Cette vérité peut, en quelque sorte, être rendue matériellement sensible. Supposez que de Rennes j'écrive en ces termes à quelqu'un de Brest : « Venant d'apprendre que la......... sera vendue par adjudication, le « 12 du mois prochain, en l'étude de maître Gillart, « notaire en votre ville, je vous prie d'enchérir pour moi « jusqu'à la concurrence de 100,000 fr. Un millier d'écus « ne doit pas vous arrêter; veuillez seulement m'informer « du résultat sans perte de courrier. » Voilà un ordre qui, à quelque personne que je l'adresse, sera un mandat civil ou un mandat commercial, selon la classification légale de la chose que je me propose d'acheter. Que j'écrive dans le blanc *la terre du Cosquer,* ce sera un mandat civil; et c'est un mandat commercial, si j'écris *la goëlette la Calypso.*

Il s'en faut beaucoup, sans doute, que la classification respective soit toujours aussi facile à reconnaître; on le verra bien dans le chapitre suivant; mais la difficulté de saisir une distinction n'en détruit pas la réalité, et l'exemple n'en démontre pas moins que la différence spécifique entre l'un et l'autre mandat consiste dans la *commercialité*

(qu'on nous passe l'expression), ou la *non-commercialité* de l'opération.

6. Mais dès qu'une profonde démarcation a été tracée entre les affaires civiles et les affaires commerciales, par suite entre ceux qui les pratiquent et ceux qui s'en abstiennent; du moment surtout qu'elles n'ont plus été interdites à personne et que tous peuvent s'y livrer librement (grande conquête de la révolution française!), le commerce aussi a eu ses intérêts publics et ses intérêts privés; et, vu la diversité des agissements que tous ces intérêts sollicitent, le mandat commercial a nécessairement dû, considéré comme genre, se diviser en un grand nombre d'espèces et comporter différentes acceptions, considéré grammaticalement.

A le prendre dans le sens le plus étendu, on peut dire, par exemple, que le ministre du commerce, ses délégués et tous les préposés de son administration, les juge sconsulaires (1), les consuls, les courtiers et agents de change, en tant qu'officiers publics, etc., sont des mandataires commerciaux, *jussu, præcepto superioris.*

Dans une acceptation moins large, sont encore autant de mandataires les mêmes agents de change et courtiers, quand ils acceptent ou exécutent la mission d'agir pour des clients, les syndics d'une faillite, les gérants, directeurs et liquidateurs d'une société de commerce, les commissionnaires, les préposés, facteurs, commis, agents d'affaires, etc., en un mot, le mandat commercial comprend tous les agissements qui ont le caractère commercial ou se rapportent à des intérêts privés commerciaux, que ces intérêts soient collectifs ou individuels.

(1) Leur pouvoir est qualifié *mandat* dans la loi du 3 mars 1840, modificative de la compétence des tribunaux de commerce.

Notre ouvrage ne traitera que d'un seul de ces agissements, mais l'horizon en est vaste. C'est de tous le plus important, parce que, s'appliquant à presque toutes les opérations de commerce possibles, il n'est, pour ainsi dire, ni lois, ni principes, ni usages formant le droit commercial, dont il n'appelle aussi l'application journalière. C'est donc un premier devoir pour nous de le marquer d'un sceau particulier qui ne permette jamais de le confondre avec aucun des autres agissements commerciaux.

Tous ont des caractères communs, et tous aussi des caractères différents, car tous ont pour objet un même genre d'affaires, et chacun d'eux en propre, tel ou tel fait commercial, telle ou telle espèce d'affaires commerciales.

L'immense variété des agissements qu'exigent les nécessités du commerce ne permet effectivement pas que le fait auquel chaque mandat s'applique soit, relativement à tous et toujours, de même nature. Ainsi, par exemple, le directeur d'une société, le syndic d'une faillite, le préposé, le courtier, etc., s'occupent tous également et tous exclusivement d'affaires commerciales. D'où vient que cependant le mandat de chacun d'eux diffère du mandat de chacun des autres? C'est ques ces mandataires n'agissant pas dans un même but, quoique agissant sur des affaires d'un même genre, le fait commercial d'aucun d'eux ne peut être identiquement le fait commercial d'aucun des autres. *Or, c'est ce fait qui constitue l'espèce;* c'est même lui qui est le fondement des différentes dénominations attribuées par l'usage aux divers mandats commerciaux; et, quand la pauvreté de notre langue n'a pas suffi à les spécifier par un seul mot, on y a ajouté le complément nécessaire.

C'est ainsi, *v. g.*, que, par ces expressions *gérant* ou

*administrateur* d'une société de commerce, *directeur* d'une chambre d'assurance, *gouverneur* de la banque de France, etc., on comprend tout de suite l'homme chargé de conduire, de régir des intérêts commerciaux qui se sont associés dans un but de lucre commun.

Les expressions *syndic* d'une faillite éveillent bien aussi l'idée d'une communauté d'intérêts, mais d'intérêts réunis en *masse*, *ad pejus damnum vitandum*. Le syndic n'est pas chargé de les faire fructifier, il n'a charge que de les défendre, et c'est ce que le mot exprime (1).

Il en est de même, plus ou moins, des autres dénominations. Quelque multipliés, quelque variés que soient les agissements commerciaux, toute espèce a sa qualification à part, toujours fondée sur le fait qui lui est propre, et qui, par conséquent, est de l'essence du mandat qui s'y rapporte.

7. — Déterminer en quoi tous ces agissements conviennent et diffèrent essentiellement serait une tâche bien au-dessus de nos forces. Peut-être même l'intelligence la plus étendue et l'attention la plus concentrée auraient-elles peine à y suffire. Heureusement cet immense travail n'est pas nécessaire au but que nous nous proposons.

Car, si parmi les divers agissements commerciaux, résultats d'une convention de mandat, on ne considère, comme nous devons ne considérer, que ceux qui ont pour but de procurer à tous le moyen de faire, par autrui, des opérations de commerce, de les multiplier, d'en activer, d'en faciliter la conclusion, ces agissements se réduisent à un nombre fort limité.

(1) Σύνδικος (*sundikos*) signifie proprement un avocat chargé de défendre une cause commune à plusieurs.

Ils se résument ou dans *le courtage*, ou dans *la préposition*, ou dans *la commission*. Ces trois mandats, chacun de son espèce, ont entre eux plus ou moins d'analogie, réelle ou seulement spécieuse; mais nous ne leur en connaissons avec aucun autre mandat, si ce n'est avec celui du commis-voyageur, et toutefois le commis-voyageur n'est lui-même qu'un préposé.

Il faut donc examiner l'agissement caractéristique, *le fait spécial* du courtier, du préposé, du commissionnaire.

Nous n'avons nommé ni l'agent de change, parce qu'il n'est qu'un avec le courtier, ni l'agent d'affaires, parce que, quand il fait pour autrui des actes de commerce, il se confond nécessairement avec le préposé ou avec le commissionnaire. Tout à l'heure on en verra la preuve.

8. — Maintenant qu'est-ce que le courtier? Son titre seul semble le dire. C'est une sorte de contraction du vieux mot *courrattier* (1), exprimant fort bien un homme qui s'empresse, qui va et vient, et court, sans perte de temps, de l'un à l'autre.

Effectivement ainsi est le courtier. Dès qu'un client fait la demande ou l'offre d'une valeur d'échange quelconque, vite il la reporte à un autre client qui offre ou demande une valeur semblable; et, après les avoir abouchés, il ménage, il favorise entre eux la conclusion du marché. Mais il lui est sévèrement interdit d'en garantir l'exécution; les clients seuls contractent; il n'a été que l'instrument de leur rapprochement, le médiateur de la négociation (2). Rien n'est donc plus juste ni plus expressif que sa qualification légale (art. 74) d'*agent intermédiaire*.

(1) Qui vient lui-même de *cursitare*, courir de côté et d'autre; d'où *cursim*, à la hâte, en diligence.

(2) Proxeneta, pararius, conciliator, interpres, mediator.

Et, comme nul ne sait mieux que lui les ressources et les besoins de la place, puisque c'est en ses mains que viennent se réunir l'offre et la demande, la loi, pour prévenir tout abus de cette position et de la confiance dont il est investi, lui défend, sous peine de destitution, tous actes de commerce, hors celui de son entremise, bien qu'il soit, de plein droit, réputé commerçant, et qu'en cas de faillite il doive être poursuivi comme banqueroutier (art. 89); encore faut-il observer que cette entremise n'est point, en réalité, un acte de commerce; elle ne l'est que par assimilation, et uniquement en tant que *moyen* de procurer et de faciliter les échanges de valeurs.

A ce que l'on vient de lire du courtier, on reconnaît sans peine l'agent de change; car au fond, ainsi que nous l'avons annoncé, leur agissement commercial est précisément, identiquement le même. Seulement, par des considérations d'un ordre supérieur en ce qu'elles se rattachent au crédit national, la loi a voulu (art. 76) que l'agent de change pût seul s'entremettre dans la négociation *des effets publics* et *autres susceptibles d'être cotés*, dénominations qui comprennent d'abord certaines dettes de l'État, telles que les inscriptions de rentes viagères et perpétuelles, les effets de la caisse de service, les actions sur certains canaux, etc., puis les actions des sociétés anonymes qui ne peuvent exister qu'en vertu de l'autorisation du gouvernement, comme les rentes de la ville de Paris, les actions de la Banque de France, les actions des ponts, des compagnies d'assurance, etc., et même celles des fonds étrangers dont la cote en bourse est autorisée par le gouvernement. Si donc l'agent de change se distingue du courtier, ce n'est par aucune différence dans *l'entremise*, qui, considérée en soi, n'en reste pas moins un fait propre à l'un comme à l'autre, mais seulement par

l'espèce de négociations où ils s'entremettent, chacun de leur côté.

Ce qu'un courtier fait pour procurer la négociation d'une marchandise, d'une assurance, etc., l'agent de change le fera pour procurer la négociation d'une action de canaux, d'une inscription de rente, d'une lettre de change ou de tout autre papier privé commerçable. Aussi tous deux sont-ils, à bon droit, qualifiés par loi d'*agents intermédiaires*, et du reste, même défense de s'engager ou stipuler pour leurs clients, même interdiction de tout commerce personnel, et mêmes poursuites en banqueroute, s'ils font faillite. Il n'importe que, en même temps que le Code lui défend de s'obliger pour ses clients, le règlement organique du 27 prairial an x lui prescrive *de garder le secret le plus inviolable aux personnes qui l'auront chargé de négociations* (art. 19); ce qu'il ne peut évidemment pas faire sans prendre d'engagements personnels. Tout ce qui en résulte, c'est la preuve du peu d'harmonie de nos lois entre elles, et, par suite, une déviation de *l'entremise*, caractère essentiel du courtage; car, dans l'impossibilité d'obéir à une des deux lois sans enfreindre l'autre, la coutume commerciale a opté pour la loi du secret; et c'est un usage constant que deux agents de change, opérant respectivement pour leurs clients, s'entre-garantissent l'exécution de leur marché, mais alors ils ne remplissent véritablement pas leur office légal; leur mandat dégénère en un mandat différent, *transit in aliud.* Cet autre mandat, quel est-il? C'est ce qui sera dit en son lieu.

9. — Voyons auparavant ce qu'est le préposé, et en quoi consiste son agissement distinctif.

Son titre seul l'indique encore. C'est le *præpositus* du

Digeste (1), employé substantivement, c'est-à-dire, *l'homme mis devant, l'homme placé* par quelqu'un *à la tête d'une opération*, pour la conduire et la diriger.

Il en est de ce mot comme de beaucoup d'autres, qui ont une acception plus ou moins étendue selon l'idée que l'on veut rendre.

Dès que les affaires d'un négociant, d'un banquier, d'un manufacturier, d'un commerçant quelconque, s'accroissent et prennent quelque importance, ne pouvant suffire seul à la multicité des détails, il a besoin d'auxiliaires. Il confiera aux uns le soin des écritures, et parmi eux sera un teneur de livres; à d'autres, ou le service de la caisse, ou celui du magasin, et de leur nombre un caissier, un *magasinier* (2). Il aura, en outre, des commis aux achats, des commis aux ventes et expéditions, un chef, un contrôleur de fabrication, etc., et tous sont ses *préposés*, dans le sens étendu de l'expression, puisque c'est de lui seul que chacun d'eux tient son emploi particulier, et que, dans cet emploi, il représente son patron.

Mais, si je suis négociant, fournisseur, manufacturier, etc., et que je vienne à dire *mon préposé en tel endroit*, ou simplement *mon préposé*, on l'entendra, sans autre explication, d'un auxiliaire dont le pouvoir est plus large, d'une sorte d'*alter ego* que j'ai chargé non pas de certains détails circonscrits dans telle ou telle spécialité, mais de mon commerce ou d'une branche de mon commerce, selon la qualité de sa préposition ou l'étendue des pouvoirs dont je l'ai investi et de l'usage qu'on lui en voit faire.'

Voilà notre préposé, le seul dont nous entendons parler,

(1) Liv. 14, tit. 3.
(2) Garde-magasin.

et l'on voit dès à présent quelle est la nature du fait caractéristique de son mandat : c'est que son agissement ne se borne pas à des opérations individuelles, individuellement prescrites à chaque agissement ; mais il est général, en ce sens qu'il comporte un ensemble d'actes commerciaux compris dans la préposition, et qu'un tel préposé exécute *pro arbitrio*, parce qu'il tient, dans un genre d'affaires déterminées, la place de celui qui l'a commis. Du reste, il est l'homme du préposant, et lui consacre exclusivement sa peine et son travail, à moins qu'ils n'en soient autrement convenus.

Autrefois les préposés étaient appelés *facteurs*, expression qui appartenait alors et qui, aujourd'hui encore, devrait appartenir exclusivement au vocabulaire commercial (1). Il y en avait de sédentaires ; d'autres allaient trafiquer en pays étranger ; et d'autres pratiquaient les foires pour s'y livrer à des opérations de change, qui, dans ces temps reculés, rapportaient d'incroyables bénéfices ; tandis que le patron restait au centre des affaires, ou exploitait un autre genre de commerce. Mais ces agents ont beaucoup perdu de leur utilité, et, par suite, de leur importance. L'activité progressive de l'industrie, l'extrême facilité des communications, la concurrence, fille de la liberté, la fabrication à meilleur marché, et une infinité d'autres circonstances nées des temps et des choses, ont, en général, contribué à restreindre les profits du commerce, et le commerce, à son tour, a cherché les moyens de remplacer ces facteurs ou préposés aux moindres frais que possible. On a compris qu'au lieu d'attendre qu'on vînt

(1) On appelle cependant aussi *facteurs* les commis ambulants de l'administration des postes chargés de distribuer les lettres à domicile.

la chercher, la marchandise trouverait mieux son compte à aller s'offrir elle-même au détaillant et au consommateur ; on a compris encore que, tout en opérant pour son propre compte, un commerçant pouvait aussi opérer pour le compte d'un autre ; et d'immenses avantages se sont révélés dans deux agissements nouveaux, celui du *commis-voyageur* et celui du *commissionnaire.*

Cependant, comme nous l'avons dit, le commis-voyageur n'est qu'un préposé, mais un préposé ambulant, un préposé qui, affranchi des priviléges de la maîtrise et des vexations de la puissance féodale, circule librement dans le pays, et n'y est, nulle part, traité comme *forain.* L'expression n'a même plus de sens légal. Il peut donc opérer partout, et, partout où il opère, il représente le préposant qui l'a annoncé comme son voyageur, ou l'a muni de quelque document ostensible, attributif de cette qualité. C'est, en quelque sorte, le *mouvement perpétuel* adapté au commerce. Il peut vendre et acheter, recevoir des commandes ou en donner, etc. En un mot, toutes les opérations que le préposé sédentaire fait le plus ordinairement sans sortir de sa résidence, le commis-voyageur les fait et les multiplie dans le cours de ses voyages. Nulle distinction entre eux quant au fait commercial qui spécifie leur mandat ; l'un attend les affaires, l'autre va les chercher ; voilà toute la différence ; au fond, l'agissement est le même.

10. — Arrivons à la commission. L'expression ne date pas de bien loin, parce que les anciens n'ayant point connu ce contrat, du moins tel qu'il est devenu par l'accroissement du commerce, alors dans l'enfance et dans l'esclavage, n'ont eu que faire de termes pour l'exprimer. *Commissio* n'est donc ni grec ni latin. On le trouve, pour

la première fois, dans le droit canonique, où il signifie une délégation donnée à des juges spécialement constitués dans le but de juger uniquement telle ou telle cause (1). C'est peut-être là que le langage commercial a emprunté le mot *commission*, qui n'exprime pas mal l'idée d'un pouvoir sans permanence, donné pour le besoin du moment, ne s'appliquant qu'à une affaire déterminée, et finissant dès qu'elle est faite. Effectivement, tel est le mandat du commissionnaire, car le caractère distinctif de son agissement, c'est la spécialité, ou mieux encore, s'il était permis de s'exprimer ainsi, *l'individualité* de chacune de ses opérations. Du reste, sans toutefois que ceci lui soit propre, il lui est libre d'y engager sa responsabilité personnelle; il en doit compte, et l'obligation est même de l'essence du contrat; enfin il peut traiter directement avec l'autre partie.

Si, au lieu de n'être qu'un moyen pour autrui de parvenir à faire des actes de commerce, le courtier les faisait véritablement lui-même, son agissement conviendrait avec la commission en ce point que lui aussi ne s'immisce que dans des opérations individuellement déterminées; mais il n'est, comme on l'a vu, qu'un proxénète, un simple entremetteur qui, après avoir mis ses clients en présence, et facilité le concours de leurs volontés, constate leur accord, inhabile qu'il est à s'y engager lui-même. Là se borne son office. Tout autre est l'agissement du commissionnaire. Maître de garantir personnellement l'exécution de ses promesses, il négocie avec l'autre contractant, qui peut également s'engager envers lui. Il n'y a donc, de sa

(1) « Commissio, in cap. decretal. de rescript, est qua caussa « ad judices delegatur, *ad certam nempè caussam constitutos*, qui et « commissarii adpellantur.» (*Vocabul. juris utriusque opera* B. Philip. Vicat.)

part, aucun fait, ni même la possibilité d'aucun fait d'entremise. Aussi la loi n'a-t-elle garde de lui donner la qualification d'*agent intermédiaire*. Voilà ce qui le différencie essentiellement du courtier; car, tant que celui-ci ne fait que le courtage, évidemment il ne traite avec qui que ce soit, ne s'engage envers personne, ni ne doit aucun compte puisqu'il n'a rien géré. Or l'obligation d'en rendre un est essentiellement inhérente à l'agissement du commissionnaire; d'un autre côté, la faculté qu'il a de traiter lui-même et de le faire sous sa responsabilité personnelle se lie d'une manière si intime à l'essence de la commission, et répugne tellement à l'essence du courtage, qu'à l'instant même où, contre l'inhibition de la loi, le courtier stipule ou s'engage, il se transforme en commissionnaire, et c'est précisément ce que devient l'*agent de change* lorsqu'il négocie directement avec un de ses confrères.

11. — Quant à l'*agent d'affaires*, que la loi répute aussi commerçant, son agissement est multiple. Il se charge de liquidations et recouvrements, d'achats et ventes de créances, de la poursuite d'affaires contentieuses, etc., etc., en un mot, de toutes sortes d'affaires commerciales ou civiles indifféremment. A le considérer sous ce rapport, on ne risque jamais de le confondre avec le commissionnaire; mais il le devient dès qu'il reçoit et accepte un mandat ayant pour objet une opération de commerce déterminée, et se change en préposé s'il gère un ensemble d'affaires commerciales.

D'après ce qu'on vient de dire, on voit que l'analogie du courtage avec la commission a moins de réalité que d'apparence.

12. — Mais il existe des rapports plus réels entre le pré-

posé et le commissionnaire. Également étrangers à l'entremise qui n'appartient qu'au courtier, tous deux négocient directement avec l'autre contractant, tous deux sont habiles à s'engager, tous deux gèrent et sont comptables. Mais voici où la parité cesse. La commission a pour objet tel ou tel agissement, et s'évanouit, une fois cet agissement accompli ; la préposition ne se limite qu'à un genre d'actes successifs, et renouvelle ses agissements tant qu'elle subsiste. Le mandat du commissionnaire est spécial *ad certum negotium gerendum* ; et, à moins de connexité entre les opérations dont il est chargé, en ce sens que les unes devront être faites pour arriver à l'exécution des autres (1), autant d'affaires commises, autant de commissions distinctes, fussent-elles toutes données par une seule et même procuration. Au contraire, le mandat du préposé est général *ad negotia gerenda*, relativement au commerce ou à la branche de commerce dont la gestion lui est confiée. Il ne lui faut pas, comme au commissionnaire, autant de mandats qu'il aura d'affaires à conclure ; elles sont toutes autorisées ou par son seul titre, ou par un seul mandat. En un mot, il y a des agissements divers et une seule préposition.

13. — En résumé, c'est par *l'individualité* de ses agissements, conséquence de la spécialité de son mandat, que le commissionnaire se distingue du préposé, et ce qui distingue le courtier de l'un et de l'autre, c'est son *entremise*, et, par suite, son inhabilité à contracter dans les négociations où il s'entremet. Voilà les disparités qui

(1) Comme, par exemple, l'ordre d'acheter 50 hectolitres de froment, et d'affréter un navire pour leur transport à destination ; inutile d'affréter si on n'achète pas, et *vice versâ*.

tiennent à l'essence même de leur mandat respectif, et de là des différences accessoires.

Par exemple, le préposé, homme de celui qui le commet (*addictus præponenti*), lui loue son travail, et se doit tout entier aux soins de sa préposition, si son patron ne l'autorise à la cumuler avec un autre, ou à faire quelque commerce pour son propre compte. Le commissionnaire n'est aux gages de qui que ce soit; son salaire, qui fait partie de son négoce, n'est pas le prix d'un louage (1), et, sans autre autorisation que sa volonté, il peut faire un commerce qui lui soit propre, ce commerce fût-il du même genre que celui auquel ses mandants se livrent. Son ministère n'est pas forcé comme celui du courtier, qui ne peut refuser le sien à personne, ni faire, pas plus pour un autre que pour lui-même, aucune opération commerciale. Indépendant et libre, il offre ou refuse ses services, son industrie, ses capitaux, son crédit, et rien ne s'oppose à ce qu'il agisse simultanément pour différentes personnes, pourvu que les intérêts des unes ne soient pas directement et actuellement contraires aux intérêts des autres dans les transactions dont il est chargé.

14. — Les choses qui sont de l'essence de la commission, et celles qui la différencient de tous autres mandats

(1) Quelques auteurs l'envisagent cependant sous ce rapport, mais l'erreur est sensible. Si j'ai fait marché avec un menuisier pour me confectionner une bibliothèque, il ne peut se dégager, même avant l'ouvrage commencé, sans être tenu de mes dommages-intérêts. Au contraire, après avoir accepté votre commission, je puis impunément y renoncer, *rebus integris*. Il ne faut pas grande industrie pour tirer une lettre de change de 10,000 liv. sterl. sur un banquier de Londres chez lequel on n'a pas un *penny*, et qui cependant acceptera; mais il faut du crédit, un nom commercial. Or, ces choses ne tombent pas en contrat de louage.

commerciaux étant désormais connues et rendues sensibles autant qu'il était en nous, il pourrait paraître que c'est ici le lieu de la définir. Mais, quoique simple en apparence, ce contrat, d'une exécution impossible sans le concours de tiers dont l'intérêt ne doit jamais être perdu de vue dans cet ouvrage, embrasse une si grande multiplicité de rapports, que certaines notions élémentaires en doivent encore précéder la définition. D'ailleurs, nous devons aussi dissiper préalablement plus d'une erreur accréditée qui ne manquerait point d'en embarrasser l'intelligence.

Tout ce qui est licite, et n'est pas commercial, peut devenir la matière d'un mandat civil (1) ; réciproquement, tout ce qui est commercial et n'est pas illicite, la matière d'un mandat commercial. Considérés comme *genres*, ils revendiquent exclusivement, l'un toutes les affaires civiles, l'autre toutes les affaires commerciales, et, si ce dernier mandat, considéré dans ses espèces, n'exige qu'une seule affaire pour qu'il lui soit donné d'être, il peut aussi, sans altérer son essence, en réunir plusieurs formant un ensemble d'opérations, ou même un commerce tout entier. Au contraire, exception unique à cette règle générale, la commission n'existe qu'autant qu'une seule affaire en soit l'objet, ou, ce qui est la même chose, qu'autant qu'elles soient toutes *individualisées*, si elle en réunit un plus grand nombre : *totidem mandata quot negotia gerenda.* Hors cela, ou il n'y a point de contrat, ou c'est un autre contrat que celui de commission. Voilà le principe, le principe fondamental qu'il faut établir avant tout, et auquel on n'arrive qu'à travers beaucoup d'abstractions : d'abord dans l'universalité des intérêts privés, les affaires com-

(1) En général, bien entendu, car il est certaines choses qui ne peuvent être faites par un mandat, *v. g.*, un testament.

merciales distinctes des affaires civiles ; par suite, un droit civil et un droit commercial, celui-ci propre aux contrats qui n'ont pour objet que les affaires de commerce, celui-là aux contrats dont les affaires civiles peuvent seules être l'objet; en conséquence, nécessité de constituer deux mandats-genres, l'un du droit civil, l'autre du droit commercial; puis de déterminer les espèces de ce dernier mandat qui se rapprochent par plus ou moins d'analogie, et enfin de différencier, parmi ces espèces, celle que l'on désigne sous le nom de commission. Ce sont là des données sans lesquelles sa définition ne peut être comprise.

Mais ce que nous n'avons pas dit encore et qu'il importe de remarquer, c'est que la commission, ainsi mise à part de tous autres mandats quelconques, se divise elle-même en deux espèces, non quant aux choses de son essence, elles n'en restent pas moins les mêmes, mais quant aux obligations qui en peuvent naître, par rapport aux tiers qui concourent à son exécution.

En effet, le Code de commerce reconnaît deux sortes de commissionnaires, les uns (art. 91) s'obligeant personnellement envers ceux avec qui ils traitent, parce qu'ils agissent *en leur propre nom ou sous un nom social, pour le compte d'un commettant*, lequel, fût-il connu et même nommé, n'est point engagé envers les tierces personnes ; les autres (art. 92) dont *les droits ainsi que les devoirs sont déterminés par le Code civil, liv. 3, tit. 13*, et qui n'engagent pas leur propre responsabilité vis-à-vis des tiers, parce qu'ils agissent seulement *au nom d'un commettant.*

Les causes de cette division se présentent naturellement. D'abord le commissionnaire peut avoir des motifs de ne vouloir pas s'engager personnellement, comme si, par

exemple, il apprenait que les affaires du commettant sont ou passent pour être embarrassées. Un motif analogue peut porter le commettant à vouloir que l'opération se fasse en son nom ; ou peut-être encore le crédit qu'elle suppose permettrait difficilement de la conclure sous le nom du commissionnaire. D'un autre côté, si celui qui se propose une négociation ou une spéculation quelconque peut avoir intérêt à ce qu'on ne le sache pas, il peut également avoir intérêt à ce qu'on le sache ; car, par exemple, l'importance et surtout la propriété d'une grande entreprise sont quelquefois propres à donner du relief à la maison, et de l'extension au crédit d'un négociant. Mais aussi, dans d'autres circonstances, intéressé à ce que son opération soit conclue avec plus ou moins de célérité, il voudra que le commissionnaire agisse en son propre nom, pour épargner le temps que le tiers avec qui l'affaire doit être traitée emploierait à prendre des renseignements sur la réputation et la solvabilité d'un commettant éloigné qui, le plus souvent, lui est inconnu. Enfin, sans parler des chances inhérentes à tout ce qu'entreprend le commerce, il est des cas où l'opération ne saurait être faite sans des risques extérieurs, *v. g.*, en temps de guerre, et la prudence peut conseiller alors d'en masquer la propriété sous un nom qui lui serve de sauvegarde. Voilà pourquoi l'institution de deux commissionnaires différents, à la faveur desquels le négociant opère *incognito* ou à découvert, selon que son intérêt le lui conseille et que ses vues l'y déterminent.

15. — Mais ce n'est que par rapport aux tiers avec qui l'affaire sera traitée que la différence existe. Il n'en est aucune, quant à leurs obligations respectives, entre le commettant et le commissionnaire, sous quelque nom

que la commission ait été exécutée; il n'en est même aucune, au cas de leur faillite, par rapport aux créanciers de l'un et de l'autre.

Tout ce qui en résulte, c'est que, quand il agit au nom de son commettant, le commissionnaire ne s'engage point envers les tiers avec lesquels il traite l'affaire commise. Il n'engage que le commettant, il ne stipule que pour le commettant, à l'égard duquel, comme de tous tiers autres que ceux avec lesquels il a traité, il reste toujours dans les droits et les obligations du mandataire commercial que la loi et l'usage qualifient de commissionnaire. Tel est le sens de l'art 92 (1).

Lorsque, au contraire, le commissionnaire agit en son propre nom ou sous un nom social, le commettant n'est rien à l'égard des tiers avec lesquels il négocie l'affaire : c'est le commissionnaire qui est tout; lui seul est engagé; envers lui seul les tiers s'engagent; lui seul a action contre eux; lui seul peut être actionné; demandeur ou défendeur, il agit toujours en son propre nom, quoique toujours pour le compte du commettant, ni plus ni moins que quand il a conclu l'affaire qui donne lieu à la contestation; et, s'il a agi sous un nom social, tout ce qu'on vient de dire de lui doit s'entendre de sa société. C'est la conséquence directe de l'art. 91.

16. — On a écrit (2) que le commissionnaire de

(1) M. Duranton (t. 18, n° 198) fait très-bien remarquer que notre art. 92 n'a en vue que l'intérêt des tiers. « Dans ce second cas, dit- « il, elle (l'affaire) est censée se passer seulement entre le commet- « tant et le tiers. *C'est ce que veut dire* l'art. 92 précité, en ces ter- « mes : *Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom* « *d'un commettant sont déterminés par le Code civil, liv* 3, *tit.* 13. »

(2) M. Vincens, t. 2, p. 119, n° 3.

cette espèce stipule et s'engage pour autrui, par exception à l'art. 1119 du Code civil, d'après lequel *on ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même.* C'est tout le contraire qu'il fallait enseigner, car l'effet de l'art. 91 est précisément l'inverse de celui qu'on le suppose destiné à produire ; et ce n'est pas non plus pour déroger à la règle *alteri stipulari nemo potest*, mais pour la garantir de toute atteinte, qu'à Rome le mandataire ne pouvait jamais traiter qu'en nom personnel (1). L'erreur serait dangereuse si la réfutation n'en était pas facile, parce qu'elle s'est glissée par inattention dans un ouvrage d'ailleurs fort recommandable. Admise en principe, elle détruirait toute l'économie de la loi.

S'engager pour autrui, c'est promettre à une personne qu'un tiers qui n'est point partie au contrat lui donnera quelque chose, fera ou ne fera pas telle ou telle chose au profit de cette personne.

Stipuler pour autrui, c'est tirer de quelqu'un la promesse de donner quelque chose à un tiers qui n'est pas non plus partie au contrat, de faire ou de ne pas faire, au profit de ce tiers, telle ou telle autre chose.

Mais le commissionnaire de l'art. 91 ne fait rien de semblable ; il ne le pourrait, car, obligé de taire le nom du commettant, s'il le divulgue, il viole son mandat ; s'il le tient caché, le moyen qu'il stipule ou s'engage pour un tiers innomé ? C'est donc pour lui-même que le commissionnaire stipule ; c'est lui-même qu'il engage. Seulement il agit, en secret, *pour le compte* de son commettant ; mais

(1) On finit, mais fort tard, et encore pour quelques cas rares, par se relâcher de la rigueur du principe ; mais on ne l'abolit jamais.

c'est entre eux *une affaire à part* qui, évidemment, n'a rien de commun avec l'engagement ou la stipulation pour autrui.

17. — Au reste, pour la saine intelligence de l'art. 91, nul besoin d'aborder ici de pareilles abstractions dont nous aurons à nous occuper plus tard. Rien n'est plus facile à comprendre. La loi suppose et prend pour point de départ une convention antérieure, non-seulement à l'exécution du mandat, mais, en quelque sorte, au mandat lui-même, dans laquelle, par exemple, le commettant dit au commissionnaire : « Vous achèterez, pour mon compte, « cent muids de blé ; vous les achèterez *en votre propre* « *nom*, et vous vous engagerez seul au payement de ces « farineux, envers le détenteur, avec lequel je n'aurai rien « à démêler activement ni passivement. Mais, quoique « vous soyez bien, par rapport à lui, l'acheteur et le seul « engagé, il est entendu *entre nous* qu'aussitôt le marché « conclu, je serai seul propriétaire de la denrée qui, *de* « *vous à moi*, ne vous aura pas appartenu un seul instant. « A moi seul le profit, à moi seul la perte. » Voilà le sens de l'art. 91, et c'est pour ne l'avoir pas bien compris par suite de l'erreur que nous venons de relever, qu'on est allé jusqu'à prétendre que le commissionnaire qui achète en son propre nom, devient vendeur à l'égard de son commettant, méprise grave qui, au cas de faillite (hypothèse qui doit toujours nous être présente), renverserait tout le système des privilèges et des revendications. On sait bien que le fisc n'envisage pas cette convention comme contrat de mandat (1) ; mais c'en est un dans le droit commer-

(1) Lorsque le cas se présente, ce qui n'arrive presque jamais qu'à l'occasion de quelque procès, l'enregistrateur perçoit d'abord

cial, et ce n'est pas autre chose. Ainsi le permet la loi du commerce (1).

Par la même raison, le commissionnaire qui a vendu pour compte, sous son propre nom, n'a pas été un seul instant, par rapport au commettant, propriétaire de la chose vendue, alors même qu'il s'est porté fort de la solvabilité des acheteurs. C'est ce que nous prouverons au chapitre du *del credere*, en réfutant l'opinion de M. Locré sur ce point de doctrine, qui devient de la plus haute importance, quand éclate la faillite du commettant ou du commissionnaire.

18. — L'ancien législateur n'avait point défini la commission ; l'ordonnance de 1673 n'en parle qu'à l'occasion du salaire, au titre de la compétence. Les maîtrises et la variété des principes qui en étaient la suite ne l'auraient pas permis. Il eût fallu presque autant de définitions que

un droit sur la vente par le tiers au commissionnaire, puis un autre droit sur la tradition par le commissionnaire au commettant, laquelle est considérée comme une revente. Cette dernière perception est certainement contraire à l'esprit, on pourrait même dire au texte de l'art. 91 ; car du commissionnaire au commettant, point de mutation. Mais il faut considérer aussi combien il serait facile de frauder les droits de la régie, s'il suffisait de dire : *quoique j'aie acheté en mon nom, je ne l'ai fait et je n'ai livré que comme commissionnaire.* Après tout, une interprétation bursale ne saurait ébranler le principe posé en l'art. 91, qui serait un non-sens entendu autrement que nous l'expliquons ; car comment concevoir que je devienne propriétaire d'une chose que j'achète d'ordre et pour le compte d'un autre ?

(1) Il ne faut pas croire qu'un mandat du droit civil ne peut pas être exécuté dans le nom du mandataire, témoin, par exemple, le contrat de command ; l'art. 1984 du Code civil n'est qu'indicatif du cas le plus ordinaire, celui où le mandat s'exécute au nom du mandant, et nullement prohibitif. M. Duranton (*ubi sup.*) a bien soin de le faire observer.

l'on comptait de villes en France. Quelques coutumes disparates, une infinité d'habitudes locales, plus disparates encore, et une jurisprudence d'autant plus confuse qu'alors les décisions judiciaires n'étaient jamais motivées, voilà les seuls guides que l'on eût dans cette matière importante, dont aucun auteur, que nous sachions, n'a jusqu'à présent essayé de coordonner toutes les parties.

Quant au législateur moderne, il déclare bien quel est le commissionnaire. Mais en quoi consiste le contrat envisagé sous son double aspect? Voilà ce qu'il ne dit pas, et peut-être était-il de sa prudence de ne pas le dire. Les définitions sont bien placées dans un ouvrage de doctrine; elles sont même une dette de l'auteur, parce que chacun est en droit de lui dire : *Montrez-nous votre principe;* mais elles n'ont pas d'inconvénients graves, car, si cet auteur se trompe, les tribunaux ne sont pas tenus de le suivre; dans les lois dont le juge est esclave, elles ont leur danger. C'est de la loi que la loi romaine a dit : toute définition est périlleuse (1).

Savary ne définit pas non plus le contrat de commission; il donne seulement une énumération indicative des principales sortes de commissionnaires qui existaient de son temps; mais il n'a garde de les vouloir comprendre sous une même définition; il eût trouvé, comme le législateur, un obstacle insurmontable dans l'établissement des maîtrises, la diversité des statuts et la multiplicité des privilèges, dont un petit nombre de villes étaient pourtant exemptes, en vertu d'*ordonnances royaux* qui leur concédaient le privilége de n'en avoir point (2). En

(1) Omnis definitio in jure civili periculosa est; propè est enim ut non subverti possit. L. 202, D. *de Reg. jur.*

(2) *V. g.*, Lyon et quelques autres anciens municipes romains.

effet, Savary fait observer que, dans certaines localités, il était libre à tous de *vendre* et d'acheter par commission; que, dans d'autres, les maîtres marchands pouvaient seuls vendre comme commissionnaires, en même temps que toute personne pouvait l'être pour acheter; que quelquefois les maîtrises elles-mêmes ne pouvaient faire la commission; ou que certaines marchandises n'admettaient, en aucune manière, la vente par autrui, telles que le foin, par exemple; qu'enfin la commission était permise à tous en certaines matières, *v. g.*, la banque, l'entrepôt de marchandises, et, en général, le transport par terre et par eau. Savary ne pouvait donc pas dire, et aussi n'a-t-il pas dit : *le commissionnaire est celui qui est chargé par un négociant, éloigné du lieu de sa résidence, de traiter des affaires de commerce.* Telle est cependant la définition que lui prêtent les auteurs de la *Jurisprudence générale du royaume, en matière civile, commerciale et criminelle* (1), en avertissant que le *Répertoire universel de jurisprudence* l'a répétée littéralement, au mot *commissionnaire*. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'on ne la trouve que dans ce dernier recueil, et qu'elle n'appartient nullement à Savary. Mais, quel qu'en soit l'auteur, et à part beaucoup d'autres inexactitudes, elle est essentiellement fautive en ce

On les désignait sous le nom de villes *franches*. Le privilége dénaturait jusqu'au langage. Par exemple, nous avions en Bretagne *le droit de pillage*, deux mots qui ne semblaient pas faits pour se trouver ensemble. Par exemple encore, lorsque le jugo laïque, le juge royal, le jugo commun en un mot, pouvait concourir à connaître du délit d'un ecclésiastique, c'était *un cas privilégié*, et celui où le juge ecclésiastique connaissait seul, était le *délit commun*, *le cas commun*. La saine raison aurait exigé le renversement de ces locutions; mais le privilégo était considéré comme le droit commun, et le droit commun comme l'exception.

(1) Par M. Dalloz et par plusieurs jurisconsultes, 1re édit.

qu'elle ne fait pas connaître le commissionnaire, et le commissionnaire seulement, *non soli definito convenit;* car le préposé ou facteur, bien plus encore que le commissionnaire, est aussi chargé *de traiter des affaires de commerce,* et le lieu n'importe.

19. — Les auteurs de la *Jurisprudence générale*, qui rapportent cette définition (1), ne la critiquent que comme insuffisante, *en ce qu'elle n'exprime pas que le commissionnaire contracte en son propre nom*, et voici celle qu'ils lui substituent : « La commission, disent-ils, est « une sorte de mandat salarié de plein droit, donné par « un négociant à un individu commerçant ou non, mais « résidant dans un autre lieu, pour faire des opérations « commerciales, en son propre nom pour le compte du « commettant. »

Cette définition a le même vice que celui déjà signalé dans la définition des auteurs du *Répertoire universel,* mal à propos attribuée à Savary; *non convenit soli definito.* Elle est donc de toute nullité; mais on y remarque, en outre, trois inexactitudes fort graves.

1° Elle suppose essentiel à la commission d'être donnée par un *commerçant*, tandis que le principe contraire est de toute certitude. On vient de voir (ce qui sera bientôt confirmé plus amplement) qu'un mandat est commercial, dès que l'affaire commise est commerciale. Or, une opération peut être acte de commerce, quelle que soit la profession des contractants (art. 636, n° 2); un mandat peut donc aussi être commercial, et, par suite, une commission peut exister alors même qu'elle est donnée par un non-commerçant.

(1) V° Commissionnaire.

2° Suivant la même définition, le même contrat ne peut se former entre deux personnes dont l'une réside au lieu de la résidence de l'autre. C'est encore une erreur. La différence des lieux n'est point de l'essence de la commission ; seulement, au cas d'un même domicile, le commissionnaire n'est privilégié pour ses avances et frais qu'à condition de ne les pas faire avant l'accomplissement de certaines formalités introduites *in tutum creditorum* (article 95). Mais la commission n'en subsiste pas moins avec toutes ses autres conséquences.

Cependant les auteurs de la définition enseignent positivement l'inverse, et voici sur quoi se fonde leur doctrine, puisée dans des ouvrages plus anciens que le leur, et reproduite, sans trop d'examen, dans beaucoup d'autres : « Le commissionnaire, disent-ils, doit être établi dans un « autre lieu que le commettant, autrement la commission « dégénérerait en un véritable courtage clandestin. » Mais ce que nous avons dit du courtier, n° 8, a démontré d'avance que c'est là une grande méprise sur le fait caractéristique du courtage, *l'entremise;* et l'on a vu aussi que *l'entremise* n'entre pour rien dans l'agissement de quiconque exécute *une commission.*

Qu'un faux courtier se déguise sous l'apparence d'un commissionnaire, c'est à la police correctionnelle de distinguer jusqu'à quel point le délinquant, s'il y a délit, a usurpé la fonction de courtier, et simulé celle de commissionnaire, pour couvrir son usurpation. Mais, à coup sûr, de deux choses l'une : ou l'inculpé s'est borné à mettre les parties en présence, et à ménager leur accord, sans traiter lui-même avec aucune d'elles, et alors son entremise répugne essentiellement à l'agissement du commissionnaire; c'est un usurpateur, un courtier *marron* qu'il faut punir ; ou il a traité, soit en son propre nom, soit

dans celui du commettant, ce qui répugne non moins essentiellement à l'agissement du courtier, et, dans ce cas, il ne peut être que commissionnaire. Pierre peut donc recevoir et exécuter la commission de Jacques dans le lieu même où tous deux résident, sans que son agissement *dégénère en courtage*. Seulement, si Pierre n'a pas observé le prescrit de l'art. 95, il s'ensuivra une commission sans privilége, laquelle subsiste tout aussi bien que celle d'où l'on a exclu le salaire, introduit sans nécessité dans la définition critiquée. Il est donc clair que l'identité de résidence n'altère aucunement l'essence de la commission, et nous ne comprenons pas qu'on prétende nier ce principe en présence de l'art. 95 qui le consacre en termes formels.

S'il était besoin d'ajouter quelque chose à cette démonstration, il suffirait d'observer que, fort souvent, des marchandises achetées pour compte, ou consignées pour être vendues, sont tirées ou expédiées d'un lieu éloigné de la résidence commune du commettant et du commissionnaire. Or, dans ce cas, le contrat de commission produit tout son effet; le commissionnaire est même alors dispensé de se conformer à l'art. 95 pour conserver son privilége. M. Pardessus l'enseigne avec raison, et la Cour de cassation le juge ainsi (1).

3° Enfin, d'après la définition dont nous achevons l'examen, il faudrait admettre qu'il n'y a d'autre commissionnaire que celui qui agit *en son propre nom, pour le compte d'un commettant*. Les auteurs de la *Jurisprudence générale* vont même jusqu'à blâmer la prétendue définition de Savary, pour ne l'avoir pas exprimé, parce

(1) Arrêt du 7 décembre 1826, Sirey, 27, 1, 29

que c'est là, disent-ils, *ce qui caractérise essentiellement la commission et la distingue du mandat ordinaire.*

Cette erreur n'est pas la moindre. Ce serait le renversement de l'ingénieuse combinaison qui se révèle dans les art. 91 et 92.

Qu'en agissant pour le compte d'un mandant, je le fasse en son nom ou au mien, dès que l'affaire est à la fois *commerciale et déterminée*, je suis toujours son commissionnaire. Comment le contester? La loi le dit expressément; tout ce qui en résulte de différence, ainsi qu'on l'a expliqué précédemment, n'est relatif qu'à l'intérêt des tiers qui n'auront pour obligé que moi seul ou mon seul commettant, selon le nom sous lequel j'aurai négocié avec eux. Or, à part ces tierces personnes, qu'importe de mon mandant à moi, qu'importe même à nos créanciers respectifs, si nous tombons tous deux ou l'un de nous en faillite, sous quel nom j'aurai traité? Du moment que je n'ai agi que *pour son compte*, le mode employé dans l'exécution du mandat ne peut faire que nos rapports aient cessé d'être ce qu'ils étaient d'abord, c'est-à-dire ceux de commettant à commissionnaire. L'art. 92 conserve ce dernier titre à celui-là même qui *agit au nom d'un commettant*, et ne le soumet au Code civil que relativement aux tiers avec lesquels il traite. Nous l'avons déjà prouvé n° 15; mais pour la nature et la formation du contrat, le salaire sans convention, le privilége, la compétence, la responsabilité rigoureuse, il n'en reste pas moins sous l'empire de la loi commerciale. Il n'entre donc pas dans l'essence de la commission que le commissionnaire doive *nécessairement* agir *en son propre nom.* Une telle doctrine supprimerait aveuglément l'un des deux commissionnaires, que la sage prévoyance du législateur a établis dans le but évident d'utilité générale que nous avons indiqué. Aussi

Savary, dont on censure une définition qu'il n'a pas faite, regarde-t-il comme également commissionnaires, et celui qui agit en son propre nom, et celui qui agit au nom de son commettant. Il donne même à ce dernier commissionnaire des conseils très-prudents, sur la manière dont il doit passer ses écritures pour ne point compromettre sa responsabilité personnelle. (V. Savary, t. 1er, liv. 3, p. 563 et suiv.).

Ce qui *caractérise essentiellement la commission, et la distingue du mandat ordinaire,* ce n'est donc ni la qualité de celui qui la donne, ni le lieu où elle est donnée, ni le nom sous lequel on l'exécute, ni le salaire sans stipulation ; mais c'est, d'une part *le caractère commercial* de l'affaire commise, parce que c'est là ce qui constitue le mandat commercial ; et, d'une autre part, *la spécialité* ou *individualité* de la même affaire, parce que c'est cette spécialité qui fait qu'un mandat commercial est une commission. Voilà les deux choses nécessaires, mais suffisantes, pour caractériser ce contrat et en empêcher la confusion avec aucun autre, à quelque droit qu'il appartienne.

Il est une troisième définition, celle de M. Carré (*De la comp.*, t. 2, 572) : « La commission, dit-il, est l'en« gagement que prend un individu commerçant ou non « commerçant, de se charger, moyennant un salaire, en « son nom, ou au nom d'un tiers, d'une ou plusieurs « affaires commerciales. »

Sans parler de quelques inexactitudes de détail qu'il est désormais inutile de relever, cette définition a aussi le le vice radical qui entache les deux autres : elle ne convient pas *au seul défini, soli definito.* M. Carré le fait remarquer lui-même en ces termes : « On ne peut se dissi« muler qu'elle (la définition) convient aussi, jusqu'à un

« certain point, au courtage ; car que fait un commission-
« naire qui agit au nom de son commettant dans l'endroit
« même où se trouve ce commettant, si ce n'est une opé-
« ration de courtage? » Ce qu'il fait? Nous venons de le dire et de le prouver, n° 19; il fait la commission. M. Carré se trompe donc au préjudice de sa définition ; mais elle n'en vaut pas mieux, car elle ne convient pas plus à la commission qu'au courtage. C'est, jusqu'à un certain point, la définition du préposé, c'est-à-dire une quasi-définition qui ne définit rien.

20. — Avec ces éléments et les explications qui précèdent, la commission se définit d'elle-même *un contrat par lequel l'un des contractants donne le pouvoir de faire pour lui une ou plusieurs opérations de commerce individuellement déterminées, à l'autre contractant qui s'engage à les traiter et conclure, soit sous un nom social ou dans le sien propre, soit au nom du commettant, et à lui en rendre compte.*

Nous passons, à dessein, le salaire sous silence, parce qu'impuissant à caractériser la commission, il n'est pas non plus des choses qui en font l'essence ; car excluez-le du contrat, qu'en résultera-t-il? L'absence de toute commission, ou un mandat qui en diffère? Assurément non. La commission sera gratuite, et voilà tout. Il n'est pas plus défendu d'accepter une commission sans salaire, que de stipuler un salaire dans le mandat civil. Elle n'en subsistera donc pas moins, malgré sa *gratuité*, et comme mandat commercial, et comme mandat *sui generis*, en vertu de la nature commerciale et de la spécialité de son objet.

Nous aurions pu, à la rigueur, faire aussi prétérition de l'engagement de rendre compte, car cet engagement existe du moment même où la gestion commence ; mais,

s'il est commun à d'autres contrats que celui de commission, du moins est-il tellement de son essence, qu'en supposant démontré que le commissionnaire l'a acceptée sans intention d'en rendre compte, *v. g.*, *animo deprædandi*, il n'y aurait pas de contrat, faute du concours des volontés, nécessaire à sa formation. Ce n'est pas que le compte en fût moins dû; l'obligation, s'il est possible, n'en serait que plus rigoureuse ; mais elle ne dériverait pas d'un contrat; ce serait du fait même de la gestion, chose très-différente en soi et dans ses effets, dont il sera traité au chapitre du quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

21. — Nous avons appelé *mandats*, le courtage, la préposition, la commission, alors même que les services rendus ou à rendre sont rétribués par la convention ou par l'usage. Ces contrats ne sont-ils pas plutôt des louages d'industrie, *locatio operarum* ? Le dépôt, le commodat, dès qu'ils cessent d'être gratuits, ne se changent-ils pas en louage ? Pareillement, lorsqu'on exécute pour autrui une affaire commise, le contrat qui serait mandat s'il était gratuit, ne dégénère-t-il pas en un louage ayant pour objet le travail et l'industrie d'une personne ?

Les jurisconsultes romains ont posé ces deux règles qui se correspondent :

« Ce qui serait louage par la stipulation du prix, est « mandat quand il n'y a pas de prix : » *Quoties faciendum aliquid gratis dederim, quo nomine si mercedem statuissem locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem.* Gaius, Comm. 3, 162.

« Ce qui serait mandat parce qu'il n'y a pas de prix, « devient louage par la stipulation d'un prix : » *Interveniente enim pecunià, res ad locationem et conductionem potius respicit.*

Que, dans les professions civiles, on admette entre le mandat gratuit et le louage de services, un mandat intermédiaire *avec honoraires*, on le conçoit ; il y a, dans ces professions, des différences de science, de mérite, d'honneur, de dignité, et certaines d'entre elles relèvent plus du bien-être moral de la société que de la spéculation. Or, le droit qui vit au milieu des choses de ce monde, doit tenir compte de ces nuances.

Mais, dans le commerce qui ne fait rien pour rien, où les professions ont pour but le gain, où tous les agissements sont rétribués *de plano*, cette distinction est-elle admissible ? Non, suivant les jurisconsultes romains, qui, dès qu'un prix était stipulé, ne voyaient qu'un louage d'industrie ou un contrat innomé dans l'agissement pour autrui, même dans la préposition du capitaine de navire. Mais nous sommes aujourd'hui dans un nouvel ordre d'idées, de choses, de mœurs et de constitution sociale. « On doit donc, comme l'a si bien dit M. Troplong, con- « sulter la nature, la cause, les moyens, l'esprit des « diverses professions, et l'*opinion* qu'en a le monde. Le « sens moral indique qu'il y a inégalité de mérite entre « elles. Le droit doit reconnaître et consacrer cette iné- « galité ; il le fait par le louage et le mandat. » (*Mandat*, « art. 1986.)

On ne peut pas plus mettre sur la même ligne tous les services, que toutes les actions ; la cause, l'objet, les moyens ne sont pas les mêmes. L'industrie du matelot qui manœuvre le navire ne peut être comparée à celle du capitaine qui dirige et gouverne le navire et administre la cargaison. Le commerçant qui se charge d'opérer pour votre compte, qui, au besoin, vous fait des avances ou vous aide de son crédit, ne peut être assimilé à un commis de magasin ou de boutique. Bien que, dans ces profes-

sions, on soit mû par l'esprit de gain ou de spéculation, elles ne se différencient pas moins par des caractères distincts. La distinction du louage et du mandat maintient à chacune sa physionomie réelle ou conforme à l'opinion générale.

---

## § II

APPLICATION DES PRINCIPES FONDAMENTAUX SUR CE QUI CONSTITUE LES ACTES DE COMMERCE.

### SOMMAIRE.

22. Les actes de commerce seuls peuvent être la matière du contrat de commission; application des principes sur la commercialité.
23. 1er cas: Exemples de commissions dont la matière est commerciale *re ipsâ*.
24. 2e cas: Exemples où la matière de la commission est présumée commerciale par la qualité des deux contractants.
25. 3e et 4e cas: Exemples de commissions dont la matière est commerciale seulement du côté du mandant ou du côté du mandataire.
26. 5e cas: Exemples de contrats de commission dont la matière n'est réputée commerciale que par l'intention du mandant.
27. Examen et solution des difficultés qui peuvent se présenter sous le rapport de la compétence, et relativement aux prérogatives du commissionnaire, 1° quand c'est un non-commerçant qui a donné son mandat à un commerçant;
28. 2° Quand l'existence même du mandat est contestée par le non-commerçant;
29. 3° Quand c'est un commerçant qui a donné son mandat à un non-commerçant; comment on doit entendre les mots *toute entreprise de commission*, employés dans le § 3 de l'art. 632.

22. — Du moment que des actes de commerce peuvent seuls, et que les actes de cette nature peuvent tous être la matière du contrat de commission, c'est une nécessité de connaître en quoi ces actes consistent. Or, la théorie générale de ces actes a déjà été exposée, t. 1er, n° 35. Il suffit d'en appliquer les principes.

Divers cas peuvent se présenter :

1° Celui où la matière de la commission est commerciale *re ipsâ;*

2° Celui où elle est réputée commerciale par la qualité du mandant et du mandataire;

3° Celui où elle ne l'est que par la qualité du mandant, ou

4° Par la qualité du mandataire seulement, ou

5° Par l'intention du mandant.

23. — 1er cas. Exemples de commissions dont la matière est commerciale *re ipsâ.*

Si je vous ai mandé de tirer ou de faire tirer pour moi ou pour tout autre une lettre de change, et que vous ayez exécuté ou seulement promis d'exécuter le mandat, il se sera formé entre nous un contrat de commission, ne

fussions-nous ni l'un ni l'autre dans le commerce. Nos qualités et nos intentions sont ici *nullius momenti ;* elles n'entrent pour rien dans la *commercialité* de la convention. Il suffit que la matière en fût proprement commerciale, comme elle l'était en effet. Il en serait de même si vous m'aviez donné et que j'eusse exécuté, ou simplement accepté l'ordre de faire pour vous, *v. g.*, l'achat d'un navire, l'assurance de vos effets chargés à bord d'un vaisseau, l'affrétement d'une place pour les y charger, ou tout autre pacte concernant le commerce maritime, ces sortes de contrats étant, de plein droit, déclarés actes de commerce, et ainsi de tous les actes compris sous les dispositions des art. 632, § 7, et 633.

24. — 2e cas. Exemples de contrats de commission dont la matière est présumée commerciale par la qualité des deux contractants.

Si, faisant le commerce des vins à Paris, j'écris à *Ben-Abou*, qui fait à Alger celui des épiceries :

« D'après ce que vous continuez de me dire, touchant « l'accroissement de la population européenne dans la ré- « gence, je persiste à croire que les vins devront y bien « faire. En conséquence, et pour empêcher l'effet du « temps sur la mémoire, je viens vous retracer par écrit « ce dont nous sommes convenus lors de votre dernier « voyage en France.

« Je vous expédierai donc, dans le courant de mai pro- « chain, 300 tonneaux vins, assortis selon les indications « que vous me laissâtes à votre départ. Au fur et à me- « sure des ventes et de l'encaissement de leur produit, « vous aurez à renouveler ce fonds, selon la connaissance « que vous avez déjà, et que vous aurez encore plus am- « plement dans la suite, des besoins de la localité et du

« goût des consommateurs. Vous pourrez tirer de Bor-
« deaux ou autres pays vignobles, suivant la variation et
« la combinaison des cours, combinés eux-mêmes avec
« l'opportunité des temps. Au 31 décembre de chaque
« année, vous ferez inventaire; et nous réglerons en jan-
« vier suivant. Votre commission sera de fr. 3,000, que
« les bénéfices atteignent ou dépassent cette somme, et
« même au cas peu vraisemblable où il n'y aurait ni pro-
« fit ni perte; et s'il y a perte quelconque, ce qu'à
« Dieu ne plaise! cette même commission se réduira
« à fr. 1,500. »

Voilà un contrat manifestement commercial; toutefois, s'il l'est des deux côtés, ce que l'on n'a pas à examiner ici, il faut remarquer que ce n'est point par la qualité des deux personnes; car, quoique *Ben-Abou* soit commerçant, il est évident, par la convention même, que les engagements qu'il pourra prendre à l'occasion des vins, n'ont point pour cause son commerce d'épiceries et ne s'y rapportent en aucune manière. Mais ce contrat commercial, quelle en est l'espèce?

On pourrait lui trouver quelque rapport avec un contrat de société, s'il y était stipulé au profit de *Ben-Abou* qu'il aura tant pour cent dans les bénéfices, alors même qu'il n'entrerait pécuniairement pour rien dans les pertes, parce qu'il y contribue en réalité par l'emploi infructueux de son temps et de son industrie, qui sont choses appréciables. Mais, outre qu'il ne peut y avoir de société sans intention de s'associer, un salaire est assuré à *Ben-Abou* dans toutes les hypothèses. Or, il répugne essentiellement au contrat de société et à l'équité naturelle que l'un des associés en retire un profit quand elle n'en donne pas, et plus encore lorsqu'elle donne de la perte (art. 1832 et 1855 C. civ., art. 18 C. comm.). Ce ne peut donc être

qu'une préposition ou une commission; mais lequel des deux contrats? D'après les principes exposés n° 9, il faut répondre que c'est une préposition.

En effet, le mandat de *Ben-Abou* est bien spécial en ce sens qu'il se limite à une même nature de marchandise, les vins que je lui donne pouvoir de vendre et d'acheter pour les revendre; mais il est général en ce sens que ces achats, ces ventes et ces reventes, en se succédant les uns aux autres, formeront un enchaînement et un ensemble d'opérations que je n'ai prescrites *nec singulatìm, nec sigillatìm*, et dont je n'ai même pas prescrit le mode d'exécution. *Ben-Abou* les fera donc quand il le jugera à propos, et comme il l'entendra; j'aurai été son premier moteur, mais ensuite il agira *pro arbitrio*, dans le cercle d'opérations que je lui ai tracé. Or, c'est à ce libre arbitre, à cet ensemble d'affaires, que se reconnaît le caractère spécial de l'agissement du préposé, comme on reconnaît aux conditions opposées le caractère spécial de l'agissement du commissionnaire. Le mot *commission*, par lequel ma lettre désigne le salaire, n'est ici d'aucune conséquence; j'aurais nommé *Ben-Abou* mon commissionnaire qu'il ne le serait pas davantage, parce qu'on juge de l'espèce d'un contrat, non par la qualification qu'on lui donne, mais par les choses qui lui sont propres (1). Peu importe encore l'incertitude dans le *quantùm* du salaire; la convention aléatoire à cet égard n'est pas illicite, chacun étant libre d'apposer à ses engagements les conditions qu'il veut, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs (art. 6 C. civ.); et, quoique la préposition, dont nous donnons un exemple pour appeler l'attention sur les diffi-

(1) Contractus magis ex pactis quàm ex verbis distinguuntur.

cultés de la matière, soit bien peu usitée dans le commerce, ce n'en est pas moins une préposition, et rien autre chose.

Mais quand un commerçant se charge de vendre un parti de marchandises, *v. g.*, des draperies qu'un manufacturier lui aura consignées, c'est une véritable commission ; car, bien que ce parti de marchandises soit matériellement divisible, et se divisera même probablement quand on le vendra, néanmoins il forme intellectuellement un individu, un objet unique, par rapport au mandant et au mandataire. Chacun d'eux, à raison de sa profession, fait un acte relatif à son commerce, et se lie par un contrat dont la matière est commerciale *utrinquè* par la qualité des contractants. Il en est de même toutes les fois que l'affaire, objet du mandat, n'étant pas commerciale *re ipsâ*, est *marchandise*. La différence entre la première espèce n° 23 et celle-ci, c'est que dans l'une la commission est commerciale *utroque latere*, quelle que soit la qualité des parties, et que, dans l'autre, c'est cette qualité qui la fait présumer telle.

25. — 3e et 4e cas. Exemples de commissions dont la matière est commerciale, seulement du côté du mandant ou du mandataire.

Si, propriétaire de vignobles en France, ou colon de la Martinique, je vends, par l'entremise d'un mandataire non commerçant, les vins ou les cafés, produit de ma culture et de ma propriété, fût-ce à un négociant, il n'y aura eu acte de commerce ni de ma part, ni de celle d'un tel mandataire, mais seulement de la part du négociant acheteur. Par conséquent, point de contrat de commission ; car la vente des produits de ma culture et de ma propriété n'étant pas un acte de commerce par rapport à

moi (art. 638), elle n'a pu le devenir par rapport au non-commerçant qui y a participé en exécutant mon mandat.

Cependant, si, au lieu de vendre moi-même ou par un non-commerçant, je consigne les vins et les cafés à un négociant qui les vend ou accepte de les vendre, un tel contrat constitue une commission, du moins en ce qui regarde le négociant; car, par rapport à lui, cet agissement pour autrui, comme tout engagement qu'il contracte, est présumé avoir pour cause son commerce, et par là même devient commercial. C'est seulement une question qu'on examinera plus tard, de savoir si, au cas où ce négociant m'ait fait des avances sur le produit futur de mes vins et de mes sucres, ces denrées et ces marchandises, aussi longtemps qu'elles ne seront pas vendues et que le négociant en sera détenteur, resteront affectées par privilége au remboursement des avances que j'aurai reçues avant ma faillite, ainsi que des frais et de l'intérêt commercial; et si, lorsqu'elles ont été vendues, mon commissionnaire se remboursera de la même manière sur le produit de la vente par préférence à tous mes autres créanciers.

Réciproquement, si, à la réquisition de ce négociant, encore bien que je ne le sois pas moi-même, j'ai vendu ou accepté de vendre pour lui des denrées ou des marchandises, il sera intervenu entre nous un contrat de mandat qui est commercial du côté de ce négociant; l'est-il du côté de l'autre contractant? C'est une question controversée, sur laquelle nous aurons encore à nous expliquer.

26. — 5[e] cas. Exemples de contrats de commission dont la matière n'est réputée commerciale que par l'intention du mandant.

J'écris en ces termes à un particulier qui n'est pas plus commerçant que je ne le suis moi-même : « Informé

« que les sucres sont à bon compte dans votre ville, je « vous prie d'en acheter pour moi 600 kil. au prix cou- « rant, et de me les expédier, etc. J'ai l'espoir de les pla- « cer ici avantageusement, et d'en retirer de plus ma « provision d'une année; je vous rembourserai, etc. » Si ce particulier achète les sucres, ou si seulement il promet de les acheter pour moi, il est évident que je lui aurai donné et qu'il aura exécuté ou accepté un mandat commercial, du moins en ce qui me regarde; car quoique non commerçants, la loi nous permettait, à moi de faire un acte de commerce en faisant acheter des sucres pour les revendre; à lui, de concourir à cet acte en l'exécutant et en me prêtant ou son nom, ou son argent, ou son crédit dans une opération dont il ne pouvait ignorer le caractère commercial, manifesté par les termes de mon mandat.

A défaut d'une intention explicite, on l'apprécie, avons-nous dit, par le fait et par ses circonstances. Si, *v. g.*, je m'étais borné à mander à ce particulier de m'acheter 50 kil. sucres, sans indiquer l'emploi que j'en voulais faire, il serait naturel de penser, à moins de présomptions contraires fondées sur mon état, ma fortune, mes habitudes et mes besoins domestiques, que, trouvant l'occasion d'un bon marché, j'ai voulu m'approvisionner pour un long espace de temps; et alors point d'acte de commerce, ni par conséquent de mandat commercial.

Et quand bien même, plus tard, par suite d'un changement de résidence, d'une diminution dans le personnel de ma famille ou pour toute autre cause, je viendrais à vendre les sucres en tout ou partie, il n'y aurait pas encore un acte de commerce, parce que c'est à mon intention primitive qu'il faut se reporter. *Uniuscujusque contractûs initium spectandum et causa* (L. 12, D. Sc. maced. — L. 8, D., manda.).

Mais si mon mandat était de m'acheter 300 caisses de savon, ou toute autre quantité en disproportion manifeste avec mon usage particulier, la présomption serait, et mon mandataire a eu un juste motif de croire, encore bien que je ne m'en sois pas expliqué, que je n'ai donné ordre d'acheter qu'avec l'intention de revendre; si donc le mandat avait été exécuté, inutilement serait-il prouvé ensuite, soit par moi, *v. g.*, pour décliner la juridiction commerciale, soit par des tiers intéressés à contester les droits et priviléges du commissionnaire au cas de ma déconfiture, que mon intention, en faisant acheter les 300 caisses de savon, était de les donner en cadeau à des parents ou à des amis que je voulais établir dans le commerce; parce que, rien ne lui laissant entrevoir cette intention beaucoup moins présumable que l'autre, on ne saurait lui reprocher d'avoir interprété celle-ci comme il l'entendait.

Dans le cas où j'eusse réellement voulu acheter pour revendre, et que, ayant accepté mon mandat, il ne l'eût pas exécuté, j'aurais sans doute contre lui une action en dommages-intérêts, mais seulement par les voies ordinaires, comme procédant d'un mandat civil; car, bien qu'il fût autorisé à interpréter mon mandat dans le sens de mes véritables intentions, on ne peut cependant pas dire qu'il y ait faute de sa part pour ne l'avoir pas fait. C'est moi, au contraire, qui ai à m'imputer celle d'avoir mis dans ma demande plus ou moins d'ambiguïté. Or c'est une règle de droit et de bon sens que les doutes et les obscurités s'interprètent contre celui qui les a fait naître.

Toute la théorie du contrat se trouve en application dans les exemples rapportés; du moins ne concevons-nous pas que la commission puisse intervenir entre d'autres personnes, ni sur d'autres choses.

27. — Or, la loi commerciale accorde au commissionnaire certaines prérogatives et certains priviléges; mais elle donne aussi contre le commerçant des moyens plus sûrs et plus expéditifs de le forcer à l'exécution de ses engagements, et à la réparation du préjudice qu'il aurait causé. Voilà principalement ce qui fait l'importance de ce paragraphe; car la ruine de l'une ou l'autre des parties peut souvent dépendre du point de savoir si la loi commerciale doit ou ne doit pas être appliquée.

Lorsque l'affaire est commerciale *re ipsâ*, ou que, se traitant entre commerçants, elle devient telle par leur qualité, point de difficultés. Le contrat est, de part et d'autre, un acte commercial; et chaque contractant, soumis de plein droit à la loi du commerce, ne suit d'autre juridiction que celle des juges commerciaux.

Mais, lorsque l'acte n'est commercial que par rapport au commissionnaire, le cas n'est pas sans quelques difficultés; et il en offre plus encore quand il n'y a acte de commerce que du côté du commettant. Ce sont les deux points dont on a différé l'examen. Voyons le premier.

Si, étant commerçant, j'ai accepté de Jacques, qui ne l'est pas, le mandat de vendre ou négocier pour lui des choses non commerciales *re ipsâ*, suis-je en droit de réclamer contre un tel mandant les prérogatives de ma profession, et contre ses créanciers le privilége du commissionnaire?

On peut dire d'une part, et il en faut convenir, Jacques n'a pas fait acte de commerce; justiciable du juge civil seulement, il ne peut être cité que devant ce juge, qui ne peut, à son tour, le juger que par la loi civile. Or, le mandat de Jacques n'étant, respectivement à lui, qu'un mandat du droit civil, il n'en peut résulter un privilége qui n'appartient qu'au mandat du droit commercial, ni un sa-

laire sans convention, que le droit civil ne reconnaît pas.

Mais, de mon côté, ne puis-je pas répondre : relativement à moi, l'acte est commercial; il faut bien aussi le reconnaître: justiciable du tribunal de commerce, contraignable par corps et soumis aux exigences de la loi commerciale, pourquoi n'en pourrais-je pas invoquer les prérogatives, et serait-il juste de me ravir un salaire, récompense de mon travail, et un privilége sur la foi duquel j'ai engagé ma fortune?

Henri IV, après avoir écouté les deux plaideurs, aurait peut-être dit : Celui-ci a raison et celui-là aussi. Mais, dans ce conflit de motifs, inévitable résultat de l'imperfection de nos lois sur la *commercialité* des actes, la solution dépendrait-elle de ce que l'action aura été portée devant tel tribunal plutôt que devant tel autre? Nous ne saurions le croire.

Que le législateur n'ait pas voulu distraire de leurs juges naturels un vigneron, un cultivateur, un non-commerçant quelconque qui n'a pas fait acte de commerce (car c'est ainsi que doit s'entendre l'art. 638 qui n'est que démonstratif), on le conçoit; des motifs d'utilité publique ont pu l'exiger, etc... Peut-être y pouvait-on satisfaire sans créer l'étrange anomalie d'un acte qui est à la fois commercial et non commercial. Le non-commerçant, s'il est cité au tribunal de commerce, pourra donc demander son renvoi devant sa propre juridiction, où il jouira de toutes les formalités et de tous les délais de la procédure civile. Agit-il comme demandeur, il faut qu'il saisisse le tribunal de commerce, qu'un commerçant ne saurait jamais décliner quand il s'agit d'un acte qui, de sa part, est commercial. Ce point de doctrine est controversé, nous ne l'ignorons pas. Notre opinion est contraire à celle d'un auteur grave, M. Pardessus, t. 5,

n° 1347. Mais lorsque l'existence du contrat n'est pas contestée, et qu'il ne s'agit que d'en apprécier les effets, il n'y a rien à conclure de la compétence au fond du droit; quelque part qu'on le juge, le commerçant obtiendra donc, outre le salaire inhérent à la nature du fait commercial, le privilége et les droits de préférence que la loi lui accorde sur les choses consignées, ou sur le produit des opérations qu'il a faites. L'en dépouiller serait le comble de l'injustice.

En effet, quand je charge un commerçant d'une commission dont il ne peut s'acquitter sans faire un acte de commerce, je m'assure, à bon escient, contre un tel mandataire, des avantages qu'aucune autre voie ne m'aurait procurés, une justice rapide, la contrainte par corps, l'exécution provisoire, et sa mise en faillite s'il manque à ses engagements. Il faut donc aussi, par une juste réciprocité, lui garantir les principaux avantages de sa profession, le salaire et le privilége, conséquences légales de son acte. Inutilement dirais-je que le mandat doit être réputé gratuit, parce que, à mon égard, il n'est pas commercial. Je n'ai pu ignorer que le commerce ne fait rien pour rien, et que telle est la condition de son existence. Par conséquent, en m'adressant à un commerçant, je me suis soumis d'avance à ce qui est une exigence du commerce. D'ailleurs on verra, dans un instant, que son intérêt se lie étroitement à celui de l'agriculteur et du consommateur.

28. — Néanmoins si l'existence même de la commission est contestée par le non-commerçant, qui ne peut être traduit que devant le tribunal civil, le demandeur commerçant n'est pas recevable à se prévaloir de la loi commerciale, pour obtenir, au delà d'une valeur de 150 fr.,

la preuve par témoins que pourrait lui accorder un tribunal de commerce; mais il n'a point à s'en plaindre; car en négligeant de s'assurer une preuve littérale, il a suivi la foi du commettant, et a prévu ou dû prévoir qu'en cas de dénégation il n'aurait d'autres moyens de preuve que ceux de la loi civile. Il s'y est donc volontairement soumis, de même que le non-commerçant est réputé s'être soumis à la loi commerciale touchant la preuve du contrat, s'il assigne ou s'il répond comme défendeur devant le tribunal de commerce. Rien de plus juste encore que cette réciprocité. *Prima pars æquitatis, æqualitas.*

Ainsi, pensons-nous, doivent se décider les questions qui peuvent naître d'une commission donnée à un commerçant par un non-commerçant. Au reste il ne paraît point que le cas ait donné lieu à des difficultés, du moins quant au salaire et au privilége. Nous n'en connaissons pas d'exemple.

29. — Mais, et c'est ici notre seconde question, il est tombé en controverse de savoir si le contrat de commission se forme entre un commerçant (habituel ou accidentel), qui commet une affaire, commerciale par rapport à lui seulement, à un non-commerçant lequel se charge du mandat.

D'abord, que tout engagement d'un commerçant soit, jusqu'à preuve contraire, réputé commercial, comme on l'a déjà dit; et que chacun, sans être commerçant, puisse faire des actes de commerce, c'est ce qui ne demande plus aucune explication. Il suffit de jeter les yeux sur l'art. 631 du Code de commerce. Aussi, là n'est pas la difficulté; il s'agit de savoir si un non-commerçant fait acte de commerce en remplissant un mandat dont l'objet n'est commercial que par rapport au mandant, avant l'acceptation de ce mandat.

On a soutenu la négative. Comment, a-t-on dit, concevoir qu'un non-commerçant qui ne ferait pas un acte de commerce en vendant, en achetant, ou en faisant personnellement cette chose pour lui-même, fît un acte de commerce en vendant, en achetant ou en faisant cette même chose pour un autre? Aussi, ajoutait-on, n'est-ce pas une commission solitaire, ou quelques commissions inaccoutumées, mais les *entreprises* de commission que l'art. 632 du Code de commerce range dans la classe des actes réputés commerciaux. Une commission accidentelle ne peut donc constituer le commissionnaire que l'art. 91 ne protége qu'en vue de sa profession habituelle.

Cette argumentation ne repose que sur l'impropriété d'une expression dont la loi (art. 632) se sert, le mot *entreprise*, que l'on traduit par l'idée d'une profession habituelle, pour en conclure que celui-là seul fait des actes de commerce qui se livre habituellement à des agissements de commission.

Tel n'est évidemment pas le sens de l'art. 632. Si les mots *toute entreprise de commission* avaient eu, dans la pensée du législateur, la signification qu'on leur prête, quel besoin de dire que celui qui se livre à une telle entreprise fait acte de commerce, puisque tous ses engagements sont réputés commerciaux par cela seul qu'il est commerçant de profession? Autant vaudrait prétendre que, dans le même article, *tout achat de denrées ou marchandises pour les revendre* ne doit être entendu comme acte de commerce, que de celui dont l'habitude est de faire de tels achats, c'est-à-dire du commerçant de profession, que définit l'art. 1er, ce qui serait absurde. Il ne s'agit donc dans la loi que du fait isolé de celui qui achète pour revendre, comme du fait isolé de celui qui se charge d'une commission relative à une opération commer-

ciale (1). L'un se fait commerçant accidentellement, parce qu'il fait le commerce accidentellement ; l'autre le devient aussi, parce qu'il se fait *un moyen ou un instrument accidentel de commerce.* Ce que la loi répute commercial, c'est l'acte de celui qui se charge d'une commission commerciale. Aussi ne dit-elle pas : *le commissionnaire est le commerçant qui agit...* mais *le commissionnaire est celui qui agit...; le commissionnaire commerçant*, mais *tout commissionnaire qui a fait des avances..* (articles 91, 93, 95). C'est qu'en effet on ne considérait pas la profession de celui qui agit, mais l'agissement lui-même et l'influence de cet agissement sur le commerce.

A la différence de l'espèce précédente, le mandat est, dans celle-ci, commercial de la part de celui qui le donne, parce qu'il est commerçant, et de la part de celui qui l'accepte, parce que le fait de celui-ci, étant un moyen de commerce, la loi le répute commercial, comme elle répute tel le courtage, qui n'est pas un commerce, mais un autre moyen de commerce.

30.—La question s'est présentée de savoir si un non-commerçant auquel un négociant avait consigné des marchandises jouissait du privilége des art. 93 et 95 du Code de commerce; et la Cour de cassation l'a décidé affirmativement (2).

« On voudrait, disait le défendeur en cassation, don-

(1) Voici, en partie, ce que dit M. Vincens, t. 1, p. 129, sur ces expressions, *entreprise de commission :*

« On ne sait comment ces deux mots se trouvent ensemble... le « commissionnaire est *le moins entrepreneur des commerçants.* Il ne « spécule ni ne court de chances incertaines. *Il n'entreprend rien.* « Il prête son ministère à autrui pour une récompense fixe. Il est « inutile de le distinguer du négociant proprement dit. »

(2) Sirey, 16, 1, 275. —Arrêt, 23 avril 1816.

« ner à la loi un sens limitatif qu'elle ne comporte pas.
« La commission n'est qu'un acte de commerce, et toute
« personne, même non commerçante, peut faire des actes
« de commerce. Toute personne peut donc recevoir en
« consignation, et jouir du privilége du consignataire.
« Aussi M. Locré fait-il remarquer, sur l'art. 93, que la
« loi ne parle pas seulement des consignataires propre-
« ment dits, mais de tous dépositaires qui peuvent leur
« être assimilés. »

La question s'étant reproduite en 1823, M. Sirey, après avoir invoqué l'arrêt dont on vient de parler, s'exprime en ces termes dans une consultation du 20 octobre de la même année :

« Peu importe que celui qui fait les avances exerce la
« profession de commissionnaire : *il suffit qu'il ait accepté*
« *la commission de vendre*, quand même il ne serait pas
« commerçant.

« Le privilége de l'art. 93 ne tient pas à la qualité
« ou profession de celui qui fait les avances ; il tient à
« la nature du fait ou au service qu'il rend au com-
« merce. »

Qu'il en soit de même d'un commissionnaire non commerçant chargé d'acheter par un négociant, à peine est-il besoin de le dire. Si l'un *rend service au commerce* en faisant des avances sur ce qu'il a mandat de vendre, l'autre lui rend un égal service en déboursant ses capitaux ou en employant son crédit. Ce sont aussi là de véritables avances, et cette parité de motifs entraîne nécessairement la parité de conséquences.

Cette vérité se confirme de plus en plus par la manière dont s'est exprimé l'orateur du gouvernement.

« La loi, disait-il, en parlant du commissionnaire, lui
« garantit un privilége équitable, et favorise, par ce

« moyen, le *cultivateur*, le *négociant* et le *consomma-*
« *teur*. »

Rien de plus propre à faire bien saisir l'intention du législateur, que l'application de ces paroles aux hypothèses proposées.

Dans une des deux espèces, c'est moi, colon ou propriétaire, qui fais au négociant pour lequel j'ai mandat de vendre, des avances destinées à alimenter son trafic, et à faire honneur à ses engagements. La loi commerciale, en m'accordant *son équitable protection*, sans laquelle je n'aurais probablement rien avancé, favorise donc non-seulement le commerce particulier de mon mandant, mais le commerce en général; car peut-être ce négociant allait-il faire faillite, et sa faillite en eût-elle entraîné beaucoup d'autres, sans la somme que ma bourse ou mon crédit lui a procurée, avant la vente ou même avant l'arrivée de ses marchandises à leur destination.

Dans le second cas, celui d'un négociant chargé de vendre le produit de mes plantations ou de mes vignobles, la loi, tout aussi équitable et non moins nécessaire, favorise à la fois le *cultivateur*, le *négociant*, le *consommateur*;

Le *cultivateur*, qui, ayant fait la récolte d'une année, a souvent besoin, avant l'écoulement de ses produits, de grands capitaux pour préparer la récolte de l'année suivante, et n'en trouverait cependant pas, si son mandataire ne pouvait, en toute sécurité, lui en faire l'avance sur la foi des denrées consignées;

Le *négociant*, qui trouve dans le salaire de la commission le prix légitime des soins qu'il s'est donnés, et le placement avantageux de ses fonds dans l'intérêt qu'il en retire;

Enfin le *consommateur*, impuissant à se procurer les

denrées et les marchandises, premières nécessités de la vie, si le capitaliste n'en facilite la reproduction et le transport par des avances pécuniaires ou par son crédit;

Et comme l'industrie, à son tour, ne s'alimente que par la consommation, le commerce et l'agriculture, on voit quelle mutuelle dépendance enchaîne les hommes, qui ne pourraient pas plus vivre en société sans la réciprocité de leurs besoins, que sans le moyen de les satisfaire.

Alterius sic
Altera poscit opem res et conjurat amicè.

31. — Quant à la cinquième espèce, celle d'un non-commerçant qui entreprend une opération intentionnellement commerciale par un mandataire non commerçant comme lui, nul besoin d'y insister, attendu sa parfaite analogie avec celle du négociant qui a consigné à un non-commerçant. Peu importe à l'essence de la commission que le mandat soit d'un commerçant de profession, ou d'un commerçant accidentel.

A ces exemples archétypes se rapportent tous les mandats de commission qu'il est possible d'imaginer. On peut, à volonté, feindre un négociant qui donne à un non-commerçant l'ordre d'emprunter pour lui une somme d'argent; un entrepreneur de spectacles, un fournisseur dont l'un mande à un particulier de gager pour lui des comédiens, d'acheter ou vendre des costumes ou des décors de théâtre; l'autre d'acheter les blés, les bois ou tous autres objets de sa fourniture; ou bien deux non-commerçants chargeant un individu qui ne l'est pas plus qu'eux, l'un de passer bail d'une maison et de lui acheter des meubles, avec l'intention manifestée ou prouvée de les louer en garni; l'autre de lui acheter des chevaux ou des

voitures pour une entreprise de transports qu'il se propose de former, et ainsi de tout ce qui est susceptible de tomber en contrat de commission. Ce sera toujours le retour des mêmes principes et de la même conséquence, à savoir :

32. — Que les actes de commerce peuvent seuls être objet d'un mandat commercial quelconque ;

Qu'un ou plusieurs actes de cette nature, mais considérés *ut singuli*, peuvent seuls aussi devenir la matière de la commission, et que c'est la spécialité ou *l'individualité* de chacun d'eux qui fait le caractère propre et distinctif de ce contrat ;

Qu'il est indifférent à son essence que ces actes soient commerciaux *re ipsâ*, qu'ils soient présumés tels par la qualité des personnes, ou qu'ils le deviennent par l'intention de celui qui les fait faire ;

Qu'enfin, pour que la commission puisse exister, il suffit que l'acte soit commercial du côté de l'une des parties, ou du côté de l'autre indifféremment.

---

## § III

DES QUALITÉS ESSENTIELLES A L'OBJET DE LA COMMISSION, ET DES PERSONNES ENTRE LESQUELLES LE CONTRAT PEUT OU NE PEUT PAS SE FORMER.

### SOMMAIRE.

33. But du présent paragraphe; conditions requises dans la chose objet du contrat.
34. 1° Il faut qu'elle soit licite;
35. 2° Qu'elle ne soit pas déjà faite;
36. 3° Qu'elle soit telle que le commettant puisse être réputé l'avoir faite par lui-même;
37. 4° Qu'elle ne soit pas absolument incertaine;
38. 5° Qu'elle concerne l'intérêt soit du commettant, soit d'un tiers autre que le commissionnaire.
39. Les incapacités tiennent à l'état civil de certaines personnes, des mineurs, des femmes mariées; n'est pas nul, suivant le droit civil, le mandat accepté par une femme non autorisée ou un mineur émancipé; *secùs* dans le droit commercial.
40. Mais le mineur seul peut opposer la nullité; son commettant ou son commissionnaire n'en reste pas moins engagé envers lui.
41. Il suffit à l'essence de la commission que l'un des contractants en soit capable; exemple.
42. Mais nullité du contrat *utrinquè*, si un mineur non autorisé commercialement avait donné la commission à un autre

mineur qui ne le serait pas davantage; même décision dans les cas où l'incapacité légale existe de part et d'autre.

43. Renvoi au tome 1er quant aux interdictions qui concernent toute une classe ou seulement une spécialité de personnes.

33. — Toutes choses ne peuvent pas indistinctement devenir la matière d'un acte de commerce, ni, par conséquent, l'objet d'un contrat de commission; tous actes de commerce sont même indistinctement défendus à certaines personnes, et, par suite, la commission; il en est d'autres auxquelles la loi ne défend que quelques-uns de ces actes seulement. (V. t. 1er, nos 44 et suiv.) Faire voir en quoi les prohibitions quant aux choses, les incapacités et interdictions quant aux personnes, s'appliquent au contrat de commission, et quelles conditions sont requises dans son objet, tel est le but du présent paragraphe.

34. — D'abord, en ce qui concerne la chose :

1° Il faut qu'elle soit licite. Or, les prohibitions fondées sur la nature des choses ou des actes défendus, atteignent toutes personnes, sans distinction (*Ibid.*, *loc. cit.*).

35. — 2° Il faut que l'objet de la commission soit une affaire point déjà faite. Si, dans l'ignorance que vous avez payé, par intervention, une lettre de change protestée sur un de mes correspondants, je vous écris d'intervenir et de payer à mon compte, il n'y aura, de ma part, aucune obligation, étant d'évidence qu'un payement déjà fait ne peut être l'objet d'un mandat pour le faire. Vous n'aurez donc, ni vous ni vos créanciers, nul recours contre moi, au cas où mon ami tombe en faillite, bien que je fusse dans l'in-

tention d'intervenir et de payer pour lui, si vous ne l'eussiez déjà fait vous-même (1). Il n'en serait pas autrement si, ne sachant point que mon associé, qui est en voyage, s'est rendu acheteur d'un navire dont la société avait besoin, je vous mandais de l'acheter pour elle. Dans cette hypothèse encore, et dans toutes autres semblables, pas de contrat possible. L'affaire que j'avais en vue étant déjà faite, la commission manque d'aliment, tout aussi bien que si elle avait pour objet une chose qui n'a jamais existé, ou qui a cessé d'exister, ou qui n'a pu exister.

36. — 3° Il faut que l'affaire commise soit telle que le commettant puisse être réputé l'avoir faite lui-même par son commissionnaire. C'est l'effet de la règle : *Qui mandat, fecisse videtur*. Si donc je vous avais mandé d'acheter ponr moi la première cargaison de vin qui arriverait dans votre port, et qu'il se trouvât que cette cargaison appartenait à quelqu'un dont j'étais devenu, dans l'intervalle, l'unique héritier, il n'y aurait ni commission, ni aucun contrat, nul ne pouvant, ni par soi-même, ni par autrui, se rendre acheteur de sa propre chose. Vous ne seriez donc pas tenu de m'acheter une autre cargaison, ni moi de m'en livrer. Cependant si, ignorant que les vins étaient devenus ma propriété, vous les aviez achetés et payés, vous auriez contre moi une action résultant, non d'un contrat, il n'en aurait point existé, mais de mon fait (art. 1382 C. civ.).

Pothier donne un autre exemple : « Si, dit-il, vous « avez mandé à Pierre d'emprunter de votre cais-

(1) Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissimè Papinianus ait (L. 12, § 14. D. *Mand.*).

« sier une certaine somme d'argent à vous appartenant,
« laquelle, en conséquence, a été comptée par votre cais-
« sier à Pierre, cette espèce ne contient autre chose
« qu'un prêt que vous faites à Pierre de cette somme.
« Elle ne contient aucun contrat de mandat, car cet
« emprunt est une affaire que vous ne pouvez pas être
« censé faire vous-même, personne ne pouvant emprun-
« ter ses propres deniers (1). »

37. — 4° Il faut que l'objet de la commission ne soit pas quelque chose d'absolument incertain. Si, *v. g.*, sachant qu'on doit vendre, dans la ville où vous résidez, la cargaison d'un navire, composée de vins, sucres, indigos, fers, planches et autres diverses marchandises, je vous mande de m'acheter *quelque chose à cette vente*, ce mandat, l'eussiez-vous accepté, ne peut devenir contrat de commission, puisque vous ne savez pas ce que j'ai voulu. Vous n'êtes donc ni dans l'obligation ni dans le droit d'exécuter un tel ordre; et je ne puis à mon tour me plaindre de son inexécution. Un pareil mandat n'est pas sérieux : c'est un jeu, *mandatum nugatorium*.

Mais il n'en serait pas de même si, par l'effet de quelques précédents ou de certaines circonstances, vous avez connu ou dû connaître quelle était ma volonté. Par exemple, saviez-vous, par nos relations, que je me livre exclusivement au commerce des vins; m'en aviez-vous plusieurs fois acheté, vendu ou expédié : dans ces cas, et autres semblables, le mandat, surtout entre commerçants, produit son effet, parce que vous avez pu et dû l'entendre de la marchandise que vous aviez coutume de

(1) Cet exemple est tiré de la loi 10, § 4, D. *Mandat.* Ulpien et Papinien, décident qu'il y a, non mandat, mais prêt.

m'adresser; de mon côté, je ne pourrais me dégager sous le prétexte que je n'avais pas spécifié la marchandise, parce que cette spécification se trouve équivalemment dans la connaissance que vous aviez de mon genre de commerce, et dans celle que j'avais moi-même de l'habitude de vos agissements pour moi.

38. — 5° Enfin il faut que l'affaire concerne l'intérêt, soit du commettant, soit d'une tierce-personne, et non pas seulement l'intérêt du commissionnaire. En effet, quand je vous écris de faire telle ou telle spéculation, de placer vos capitaux de telle ou telle manière, ce n'est là qu'un conseil insusceptible de devenir la matière d'un contrat de commission (1). Si donc il est donné sans dol ni fraude, je ne réponds pas de ses effets, parce que rien ne vous oblige à le suivre; mais si je vous mande d'acheter telle ou telle marchandise, ou de faire quelque autre affaire commerciale pour un tiers, et que vous acceptiez, le contrat se sera formé, car j'ai pu valablement, à mes risques et périls, vous donner l'ordre de faire cette affaire pour cette tierce personne, comme vous avez pu vous en charger sur la foi de mon engagement personnel.

Personne n'ignore ces principes élémentaires; mais ils ne sont pas toujours, dans la pratique, d'une application aussi facile qu'on pourrait le croire, si surtout les intérêts des tiers viennent se compliquer avec ceux des contractants. On aura plus d'une fois l'occasion de l'éprouver. Voilà pour les prohibitions et les conditions requises dans la chose, matière du contrat.

(1) Quod si tuâ tantùm gratiâ tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eo obligatio nascitur. (Gaius, L. 2. D. *Mand.* L. 47. D. *Reg. jur.*)

39.—Les incapacités sont fondées sur l'état civil de certaines personnes, abstraction faite des choses et des actes prohibés (V. t. 1er, nos 54 et suivants), et concernent les mineurs, les interdits et les femmes mariées, que l'art. 1124 du Code civil déclare incapables de contracter. Cependant, par exception à cette règle générale, l'art. 1990 permet aux femmes non autorisées et aux mineurs émancipés, non pas de donner un mandat, mais seulement d'en accepter un, d'être, dit la loi, *choisis pour mandataires.* Cependant, ce qui prouve, quant au mineur, par exemple. que cette capacité exceptionnelle ne se rapporte qu'aux affaires du droit civil, c'est que, si le mineur n'est pas autorisé à l'âge déterminé et selon les formes prescrites par l'art. 2 du Code de commerce, tout commerce lui est interdit, et même (art. 3) tout acte de commerce, par conséquent la commission, qui en est éminemment un (1).

40. — Bien que la loi s'exprime en termes prohibitifs, l'incapacité qu'elle prononce n'est cependant que relative. L'autre partie n'en est pas moins engagée, parce qu'il ne répugne pas à l'essence de certains engagements, parmi lesquels sont ceux qui naissent du mandat, d'être résolubles d'un côté et de ne l'être pas de l'autre (V. t. 1er no 57).

41. — Il n'est donc pas de l'essence de la commission que l'acte de commerce qui en fait la matière soit égale-

(1) Le mineur de 18 ans, quoique commercialement autorisé, ne peut, avant sa majorité d'âge, autoriser sa femme à faire publiquement un commerce (art. 224 C. civ.). C'est à quoi doivent prendre bien garde ceux qui contractent avec des femmes se donnant pour marchandes publiques. Si la loi n'a pas été observée, ils n'auraient pour obligés ni la femme ni le mari.

ment permis aux deux contractants. Il suffit que l'un des deux en soit capable.

Par conséquent si, commis par un négociant à l'achat de certaines marchandises, le mineur non autorisé commercialement les avait achetées de ses deniers, ou payées par son crédit, le commettant ne pourrait refuser de s'en livrer, sous prétexte que la loi défendait à ce mineur de se charger de cette commission et de la faire, pas plus que les créanciers de ce commettant tombé en faillite, on le suppose, ne pourraient contester au même mineur les droits et priviléges du commissionnaire, dans le cas où il eût été chargé de vendre, comme dans notre espèce où il a été chargé d'acheter.

42. — Mais si un mineur non autorisé avait donné la commission à un autre mineur qui ne le serait pas non plus, l'effet de cette mutuelle incapacité serait de rendre le contrat *nul*, et comme contrat et comme acte de commerce; même décision dans tous les cas où l'incapacité légale existe de part et d'autre (V. t. 1er, n° 58).

Parmi les personnes que la loi déclare incapables de contracter, le mineur et la femme mariée peuvent être autorisés à faire le commerce. Comment acquièrent-ils la capacité commerciale, et quel est l'effet de cette capacité? (V. t. 1er, nos 59 et suiv.)

43. — Quant aux interdictions qui concernent toute une classe de personnes, à l'égard d'une généralité de choses, par exemple, les courtiers et agents de change, ou seulement certaines personnes et relativement à certains actes, par exemple, les agents du gouvernement (art. 175, 176 C. pénal), les principes que nous avons posés (t. 1er, nos 46 et suiv.) ne sont pas moins applica-

bles au contrat de commission qu'à tout autre contrat. Les développements dans lesquels nous sommes entré nous dispensent donc de toute observation spéciale, et, sous peine de redites, nous devons y renvoyer le lecteur.

---

## CHAPITRE DEUXIÈME

Application, au contrat de commission, des principes généraux sur la formation du contrat par le consentement tacite ou exprès des parties;

Des choses qui sont de la nature du contrat de commission, de celles qui lui sont accidentelles;

De la nécessité de l'accord des volontés sur l'exclusion des premières et l'introduction des secondes.

### § I

DE LA FORMATION DU CONTRAT DE COMMISSION PAR LE CONSENTEMENT EXPRÈS OU TACITE DES PARTIES, ET DU MOMENT PRÉCIS OU LES VOLONTÉS SE TROUVENT LIÉES.

SOMMAIRE.

44. Le contrat de commission commence par une demande ou des offres de services, et s'achève par une acceptation ou un acquiescement.

45. Le contrat de commission peut se former tacitement; le Code civil a-t-il supprimé le mandat tacite? question con-

59 Pourquoi, après avoir connu l'acceptation de ses offres, le commissionnaire qui les a faites ne peut plus les rétracter impunément, tandis que le commettant peut *totiès quotiès* retirer sa demande de services acquiescée, ou son acceptation d'offres de services.

60. Quoique la demande ou les offres soient consignées dans une lettre, il n'en faut pas nécessairement une pour constater l'acceptation; celle-ci peut résulter d'un fait.

61. En général, les demandes subsistent tant qu'elles n'ont pas été révoquées; c'est le principe commercial.

62. Les offres peuvent aussi être acceptées tant qu'elles ne sont pas retirées.

63. Annoncer à quelqu'un qu'on va faire ou qu'on a commencé de faire pour lui telle et telle affaire, ce n'est pas lui soumettre des offres; il doit répondre; s'il ne le fait, son silence peut être, selon les circonstances, considéré comme consentement.

64. Renvoi aux *obligations générales* pour ce qui concerne les effets de l'acceptation et de la révocation dont il est parlé au présent paragraphe.

65. Le principe *Mercator præsumitur in eâdem voluntate perseverare* reçoit une fréquente application; espèces.

44. — Le contrat de commission, comme tout contrat en général, commence par une demande ou par des offres de services, et s'achève par l'acceptation de ces offres, ou un acquiescement à cette demande. Il n'importe lequel du commettant ou du commissionnaire aura pris l'initiative. Le contrat est parfait par leur mutuel consentement (V. t. 1, n°84).

45. — Mais ce consentement ne peut-il être donné de part et d'autre, ou des deux parts, sans le secours de la parole ou de l'écriture? Le contrat de commission ne peut-il se former tacitement?

Autrefois cette question n'eût pas été proposable ; mais c'en est une fort grave depuis que le Code civil (art. 1985)

a réglé que *l'acceptation du mandat peut n'être que tacite*, sans exprimer qu'il peut être donné de la même manière. Les opinions diffèrent ou ne sont pas bien arrêtées sur cette difficulté. Elle mérite donc examen.

Si une volonté ne peut exister sans une chose qui soit présente à notre réflexion, l'existence de cette volonté, cependant, est indépendante de l'écriture, de la parole, et de tout autre moyen propre à la manifester. Ce qui est essentiel, c'est qu'elle se révèle d'une manière certaine ; le moyen importe peu (V. t. 1er, n° 85).

A l'imitation du droit romain (1), notre ancien droit reconnaissait donc le mandat tacite.

« Le contrat de mandat, dit Pothier (*du Mandat*, « n° 29), peut même se faire tacitement, et sans qu'il in- « tervienne aucune déclaration expresse de la volonté des « parties. Car toutes les fois que je fais au vu et au su « d'un autre quelqu'une de ses affaires, il est censé, par « cela seul, intervenir entre nous un contrat de mandat « par lequel il me charge de cette affaire. »

Cependant, on le voit par les expressions mêmes de Pothier (*il est censé*), ce n'est là qu'une présomption ; et, malgré son extrême vraisemblance, elle peut, à toute rigueur, être contraire à la vérité ; mais cette présomption, l'esprit la conçoit sans effort, et la raison l'avoue sans répugnance ; car, à moins que celui dont on fait l'affaire ne soit dépourvu de toute intelligence, ou privé de libre arbitre, on est forcé de croire qu'il improuvera, d'une manière quelconque, ce qu'on fait pour lui, en sa présence, contre sa volonté. De même si, quoique absent du lieu

(1) Si passus sim aliquem pro me fidejubere, vel aliàs intervenire, mandati teneor. L. 6, D. § 2 *Mandat.*; L. 2, D. *de Pact.*; L. 4, D. *pro Socio.*; L. 12, D *de Evict.*

dans lequel je fais ou me dispose à faire quelqu'une de ses affaires, il connaît ma gestion ou mon intention par l'avis que je lui en ai fait parvenir, il est naturel de croire qu'à moins d'une impossibilité absolue, il manifestera son improbation ou son refus de consentement, par quelqu'un des moyens dont il pourra disposer. Voilà pourquoi, *jure veteri*, il était de principe que le contrat de mandat pouvait se former tacitement. En est-il encore de même aujourd'hui dans le droit civil ?

M. Duranton (t. 18, n° 218) paraît croire le contraire, sans le décider positivement. M. Toullier est plus affirmatif. « L'art. 1985, dit-il (t. 11, n°s 25 et 26), porte « que le mandat peut être donné par acte public ou sous « seing privé, même par lettre. Il ajoute qu'il peut aussi « être donné verbalement, mais il ne dit point qu'il peut « être formé tacitement. La disposition finale de cet ar- « ticle dit seulement que *l'acceptation du mandat peut « n'être que tacite*, et cette disposition, ainsi mise en op- « position avec l'acte du mandat ou la procuration, fait « assez voir qu'elle est limitative, et que le Code n'admet « point de mandat tacite. L'art. 1372 ne laisse aucun « doute sur ce point, puisqu'il met les engagements qui « résultent de la gestion des affaires d'autrui au rang de « ceux qui se forment sans convention, soit que le pro- « priétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore... « Mais il est très-indifférent, au reste, que l'exécution des « engagements qui résultent de la gestion des affaires « d'autrui, soit poursuivie par l'action dite *negotiorum « gestorum*, ou par l'action du mandat. »

Cette dernière partie de l'opinion de M. Toullier est une erreur. En effet le *negotiorum gestor* n'a droit au remboursement de ses impenses qu'autant qu'il en prouve la nécessité, ou tout au moins l'utilité (art. 1375 C. civ.).

Mais le mandataire qui n'a pas excédé son mandat n'est point responsable de l'utilité des siennes; la loi défend même de les réduire sous le prétexte qu'elles pouvaient être moindres (art. 1999), double considération qui n'est pas indifférente. En second lieu, au cas de la déconfiture ou de la faillite de celui pour qui une affaire a été faite, il peut n'être pas indifférent non plus, dans l'intérêt des créanciers qui contestent un privilége ou quelque autre droit de préférence, réclamés sur ce qui a été l'objet de l'affaire, qu'elle soit l'œuvre d'un mandataire, ou de quelqu'un qui s'est ingéré *proprio motu*, et la raison en est sensible : c'est que, relativement à celui pour qui cette affaire a été faite, et qui l'a approuvée, la ratification rétroagit, en faveur de celui qui s'est ingéré, au jour même de ses premiers agissements, ainsi qu'à l'égard des créanciers du ratifiant, qui ne le sont devenus qu'après la ratification, tandis qu'il n'en est pas de même par rapport aux créanciers qui l'étaient devenus antérieurement.

Or, une pareille difficulté ne peut se présenter dans l'espèce d'un mandat dont les limites n'ont pas été franchies. C'est ce qui est plus amplement expliqué au chapitre du *negotiorum gestor*, § 2.

46. — Mais, à part cette inexactitude assez grave, échappée par inattention à M. Toullier, nous pensons, non pas précisément comme lui, que le mandat tacite a totalement disparu du droit civil, mais qu'on a voulu l'abolir, et qu'en général, il est aboli. Du reste nous répéterons avec le savant professeur (*ubi sup.*), que « la « suppression inutile du mandat tacite, lequel est tout « aussi conforme à la raison que la tacite reconduction, « ne nous paraît fondée sur aucun motif. »

Nous disons, *en général*, parce que, nonobstant l'ar-

ticle 1885, on n'a jamais cessé de reconnaître, même dans le droit civil, certains mandats tacites, comme, par exemple, lorsque je remets la grosse d'un acte notarié ou d'un arrêt à un huissier qui, par le fait seul de cette remise, a virtuellement ordre de les mettre à exécution par toutes autres voies que la contrainte par corps et la saisie immobilière, et même de recevoir le payement de ce qui m'est dû. La remise d'un exploit à un avoué emporte aussi mandat tacite pour tout ce qui, dans son ministère, n'exige pas un pouvoir spécial ; et une femme, dans l'habitude de faire les affaires de son mari, a également le pouvoir tacite de l'obliger. C'est que la Cour de cassation a jugé par arrêts des 25 janvier 1811 et 2 avril 1812 (1).

Si je remets à quelqu'un, de la main à la main, ou si je lui adresse une procuration en blanc, sans l'informer de l'emploi qu'il en doit faire autrement que par ce qui s'y trouve contenu, ce blanc est un mandat tacite en vertu duquel il pourra me choisir tel procurateur qu'il voudra; mais, malgré ces exceptions qui sont loin d'être les seules, il n'en est pas moins vrai que le législateur a voulu l'entière abolition du mandat tacite pour toutes les affaires du droit civil. Ces exceptions prouvent seulement l'impuissance des lois faites contre la nature des choses.

47. Mais le mandat tacite est-il aussi aboli quant aux affaires commerciales? La négative nous semble incontestable.

Une raison, suivant nous, tout à fait décisive, c'est que le commissionnaire qui a agi *en son propre nom* (article 91), n'est point placé par le Code de commerce sous l'empire du droit civil, et surtout que celui qui agit

(1) V. *Rep.* de M. Favard, v° *Mandat.*

*au nom d'un commettant* (art. 92), n'y est soumis que quant *à ses devoirs et à ses droits*, ce qui, comme on l'a vu n° 15, n'a rapport qu'aux tiers avec lesquels il traite, et nullement quant à la manière dont le contrat se forme entre lui et le commettant. Or, quel a pu être le but de cette double prétérition évidemment volontaire, si ce n'est de laisser la formation du contrat de commission sous l'influence des principes généraux qui n'admettent, avec raison, aucune différence entre le consentement tacite et le consentement exprès? C'est, suivant nous, une preuve que le titre du mandat, au Code civil, ne régit le contrat de commission que comme le titre de la société au même Code régit les sociétés commerciales, c'est-à-dire dans les points seulement qui n'ont rien de contraire *aux lois et usages du commerce* (art. 1873).

En outre, si le Code de commerce n'eût vu qu'un simple *negotiorum gestor* dans quiconque gère, sans mandat exprès, une affaire commerciale, à la connaissance de celui qu'elle concerne, aurait-il manqué de placer ce gérant sous le droit établi par les art. 1372 et suivants du Code civil? Ce ne peut encore être là une imprévoyance, et, puisque le législateur ne l'a pas fait, c'est qu'il ne l'a pas voulu. *Lex non omisit incautè; quod tacuit, noluit.*

48. — Lors de la discussion, au Conseil d'État, de l'article 4 du Code de commerce ainsi conçu : « La femme ne « peut être marchande publique sans l'autorisation de « son mari, » de graves débats s'élevèrent sur le point de savoir si cette autorisation ne devait pas être expresse. La question parut d'autant plus importante qu'elle se rattachait à l'exercice de *la puissance maritale*. Aussi fut-elle longuement et savamment discutée. On ne manqua pas

d'exposer les inconvénients de l'autorisation tacite; mais il n'en fut pas moins reconnu qu'elle devait suffire, qu'il ne fallait lier les tribunaux *par aucune règle sur la forme et les indices de l'autorisation du mari*, et que c'était là une nécessité commandée par l'intérêt du commerce. Or, si l'on eût entendu poser en principe l'abolition du mandat tacite en affaires commerciales, à bien plus forte raison aurait-on exigé l'autorisation expresse du mari pour que la femme pût être marchande publique (V. M. Locré, t. 1, p. 39, n° 5). On verra, dans le chapitre suivant, que le mandat tacite est aussi une des nécessités du commerce.

49. — Le principe est donc, en matière de commission, que, nécessaire mais suffisant pour la formation du contrat, le consentement peut, indifféremment, être exprès ou tacite ; exprès, s'il se déclare par les moyens dont l'homme se sert pour manifester sa pensée. comme la parole, l'écriture et même le geste, ainsi que le dit Balde, consult. 250 : *Annuens capite vel humeris, censetur mandare;* tacite, selon qu'il s'infère de la nature du fait et des circonstances, des agissements des parties, quelquefois même aussi bien de l'inaction que du silence de l'une d'elles. *Mandatum præsumitur ex præsentiâ et patientiâ*, disent les auteurs. Il n'est même pas besoin que nous soyons présents à ce que l'on fait pour nous; il suffit que nous le sachions sans nous y opposer. *Si tu facis aliquid in re quæ spectat ad me, et ego scio et patior, videor dare mandatum* (1). *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur.* (*L.* 60. *D. de Reg. jur. L.* 6, § 2, *L.* 53, *D. Mand.*)

(1) Card. Tuschi, Practicæ Conclusiones juris in omni foro frequentiores, ad cap. mandatum ex quibus tacitè inducatur.

50. — Mais que le mandat soit exprès ou qu'il soit tacite, il est évident que, le contrat de commission commençant par une demande ou par des offres de services, jamais la demande ne peut être l'effet ni de l'inaction, ni du silence. Un fait qui m'est personnel peut seul manifester des offres, et leur acceptation résulter du silence ou de l'inaction de celui à qui je les adresse, quand c'est à son vu et su que ce fait se passe (V. t. 1, chap. 3, § 1er).

Par exemple, si, dans une vente publique, en présence d'un commerçant qui me voit agir, j'achète pour son compte différents lots de poivre, de café, etc., ou si je vends en totalité des marchandises dont il est mon copropriétaire, sans qu'il s'oppose ni à cette vente, ni à cet achat, c'est le cas du mandat tacite, parce que mes agissements, dont ce commerçant est témoin, l'interpellent virtuellement d'agréer ce que j'ai commencé pour lui, sous ses yeux, ou de s'y opposer avant que je ne l'achève. Or son inaction et son silence équivalent, quant à moi, à l'expression du consentement que mon fait provoquait. Le bon sens ne permet pas d'en déduire une autre conséquence.

Nouvel exemple qu'entre présents le consentement peut être tacite des deux côtés, car ce commerçant et moi, nous ne nous sommes rien dit, et cependant nous avons contracté (V. t. 1, n° 86).

51. — Mais dès que les deux parties ne sont pas présentes, la demande et les offres ne peuvent plus se faire qu'au moyen de paroles écrites, ou de vive voix par l'entremise d'une tierce personne. Dans ce cas, celui qui reçoit ces offres ou cette demande ne s'expliquant pas, leur acceptation pourra, selon les circonstances, s'inférer de son silence, et le contrat se former par la volonté

expresse de l'un et le consentement tacite de l'autre.

Toutefois, quand les parties ne sont pas en présence, il faut pour qu'il y ait acceptation tacite, sans laquelle point de commission, que les offres ou la demande partent directement de celui qui les fait ou qu'elles soient transmises par quelqu'un qui les fasse pour lui *proprio motu*. Car lorsque vous apprenez, *v. g.*, par les journaux, ou de quelqu'un que je n'ai pas chargé, et qui ne s'ingère pas de vous le dire *pour moi*, la négociation que j'ai entamée ou que je me propose d'entamer dans le but de faire assurer vos marchandises, ou de vous affréter un navire, le silence que vous gardez ne me rend pas commissionnaire, étant impossible que vous acceptiez des offres qui ne vous ont été faites ni par moi, ni pour moi. Si donc j'agis nonobstant votre silence, c'est un autre cas que celui du mandat.

52. — Mais ce n'est pas seulement du silence que peut s'induire, entre absents, un consentement valable ; il peut aussi, et plus clairement encore, résulter d'un fait, pourvu que ce soit le fait personnel de celui à qui les offres ont été adressées.

Quand je vous écris, par exemple, ou vous fais dire que j'achèterai, à la foire du 1<sup>er</sup> mai, dix chevaux de trait pour votre entreprise de transport, le fait seul d'envoyer quelqu'un les prendre constitue un mandat tacite, car l'intention manifeste de prendre livraison des dix chevaux implique consentement à ce que je les achète, l'envoi de votre préposé ne pouvant en être qu'une suite, et son mandat, une conséquence du mien.

53. — Mais lorsque je vous écris ou vous fais dire que j'ai acheté pour votre compte soixante tonneaux de vin, de telle qualité, et à tel prix, si vous envoyez un navire

dans le but d'en effectuer le transport, point de mandat, car le mandat ne peut avoir pour objet qu'une chose à faire. Or, l'achat étant déjà fait au temps où vous l'avez connu, des offres de services sont impossibles; je ne puis vous demander, ni vous me donner que l'approbation d'un fait accompli, et c'est encore un cas différent du mandat.

Que si, au lieu d'envoyer un navire, vous aviez gardé le silence sur l'annonce de l'achat des vins, on pourrait, selon les circonstances, en induire une approbation de ma gestion; mais il serait nécessaire, comme on vient de le dire, que la connaissance vous en fût parvenue, soit par moi-même, soit par quelqu'un que j'aurais chargé ou qui se fût chargé spontanément de vous en instruire pour moi; encore faudrait-il que je l'approuvasse, ou qu'à mon refus, il fît approuver sa gestion par le juge.

54. — Enfin, ce n'est pas seulement par l'effet du silence gardé sur des offres, ou la conséquence d'un fait qui en contient l'acceptation virtuelle, que se forme, entre absents, le contrat tacite de commission; il est aussi quelquefois le résultat d'une reconduction tacite; car il n'est pas toujours nécessaire que le commettant sache *actuellement* la gestion du commissionnaire; il suffit qu'il sache qu'elle devra être faite, et que cette connaissance s'infère raisonnablement de faits antérieurs à la dernière affaire gérée pour lui.

Par exemple, lorsque j'ai fait pour vous, à diverses reprises, des opérations commerciales de même nature, sans aucunes instructions particulières, cette série de commissions exécutées, sans improbation de votre part, me fait raisonnablement présumer votre consentement à ce que je fasse pour vous les mêmes opérations, au retour des mêmes périodes de temps, et vous ne serez pas reçu

à me désavouer dans la dernière opération, à moins que vous ne m'ayez, explicitement ou implicitement, donné l'ordre de discontinuer, ou qu'il fût autrement à ma connaissance que vous ne vouliez ou ne pouviez plus faire le genre d'affaires dans lesquelles j'avais coutume d'agir pour vous.

Et comme, de votre côté, vous aviez un juste sujet de croire que je ferais votre affaire, puisqu'en effet c'était mon devoir aussi bien que mon droit, je ne serai pas excusé d'avoir négligé ou volontairement omis de m'en acquitter, en alléguant que vous ne m'avez pas donné d'ordres, si par ailleurs je ne justifie vous avoir informé à temps de mon intention de ne plus continuer nos relations, ou de mon impuissance à les entretenir.

Tel serait le cas où, ayant l'habitude de faire assurer, avant chaque départ, un navire qui nous appartenait en commun, vous en avez négligé l'assurance pour un dernier voyage dans lequel il s'est perdu. Cette omission vous rend responsable de l'importance de mon intérêt, parce que j'ai dû croire que vous feriez pour ce voyage ce que vous aviez fait pour les précédents; c'est ce qui a été jugé par la Cour de Rennes, première chambre, le 9 juillet 1834, sur l'appel d'un jugement du tribunal de commerce de Morlaix. Réciproquement, si vous aviez fait assurer, je vous devrais la prime, outre vos droits de commissionnaire.

Le commerce fournit chaque jour une foule d'exemples analogues à celui que nous venons de rapporter; et c'est ce qui démontre de plus en plus la nécessité du mandat tacite dans les affaires commerciales. Par exemple, si, dans une vente publique de plusieurs sortes de marchandises, Pierre forme une association en participation avec Jacques, seul gérant ostensible, celui-ci reçoit tacitement

un mandat de celui-là, et chacun d'eux en reçoit un pareil de l'autre, s'ils doivent acheter chacun de son côté. Lorsque ayant fait transporter aux messageries un ballot de marchandises portant l'adresse de M. William David, rue Coq-Héron à Paris, et n'ayant trouvé au bureau ni le directeur ni aucun de ses commis, je laisse le ballot dans le bureau, sa présence en cet endroit emporte tacitement le mandat de le faire parvenir à sa destination. Le commerce maritime offre une foule d'exemples de cette nature.

55. — Lorsque le fait d'où résultent tacitement les offres de services commence ou s'accomplit en présence de celui à qui elles s'adressent, il ne peut guère y avoir d'équivoque sur le consentement. D'ailleurs, en ne vous opposant pas à ce que vous me voyez faire pour votre compte, vous ne pouvez ignorer que j'en conclurai que nous sommes d'accord, et fussé-je, dans l'erreur, vous auriez à vous imputer de m'y avoir laissé.

Si cependant il était allégué qu'il y a eu méprise, comme si, par exemple, vous prétendiez n'avoir pas su que c'était votre marchandise que j'exposais en vente, ou que vous pensiez que je la mettais à un plus haut prix, et autres cas semblables, ce serait au juge d'en décider, d'après les circonstances et les règles de la bonne foi, parce que l'erreur serait ici un obstacle au consentement, par conséquent, au contrat.

56. — Jusqu'à quel moment la commission par lettres demeure-t-elle dans les termes d'un simple projet? Quel est l'instant précis où elle reçoit sa perfection? C'est ce qu'il importe de fixer; car c'est d'où il faut partir pour

déterminer quand la demande ou les offres de services peuvent ou ne peuvent pas être rétractées.

Il est nécessaire, pour la perfection d'un contrat synallagmatique, que les volontés se manifestent et se connaissent mutuellement, et de là il s'ensuit que je puis retirer ma demande tant que je n'ai pas connu votre acceptation, et vous, votre acceptation tant qu'elle m'est restée inconnue (V. t. 1, n° 104).

57. — Mais ce principe de réciprocité, vrai en général, n'est point applicable à la commission proprement dite; et l'on sent tout d'abord, sans nul examen, l'impossibilité d'une telle application.

La commission perdrait tous ses avantages, elle deviendrait souvent illusoire et inexécutable s'il fallait toujours attendre, pour la remplir, que les volontés fussent respectivement connues. Conçoit-on, par exemple, que si j'écris de Lyon à un commerçant de Brest d'embarquer mes marchandises sur un navire qui est peut-être en partance, ce commerçant soit tenu, pour agir en sécurité, d'attendre que j'aie connu son acceptation? Que sera-ce donc si mon commissionnaire est à l'île Bourbon ou à Pondichéry? Pendant cette involution de correspondance, un temps irréparable s'écoule, et l'objet même de la commission s'évanouit.

Mais quelle est, en droit, la raison de cette sensible différence entre ce commissionnaire et le vendeur expéditeur dont nous avons parlé, t. 1, n° 99? C'est que, dans le cas précité, il s'agit d'une vente qui est un contrat synallagmatique parfait où se trouvent deux obligations également principales, celle de livrer l'objet vendu, et celle d'en payer le prix. Le vendeur et l'acheteur font donc, chacun dans son intérêt, une chose distincte, et la fin du contrat

n'est pas la même pour les deux. Dans la commission, au contraire, il n'est qu'une obligation principale, celle du commissionnaire, et la fin prédominante du contrat n'est pas autre pour lui que pour le commettant, qui aurait le droit d'agir lui-même, sans impulsion de personne. Mais une vente, ou tout autre contrat synallagmatique parfait, jamais il n'en peut faire sans le concours de la volonté d'autrui. Un commissionnaire n'en a pas qui lui soit propre (du moins par rapport à ce qui est à faire), puisqu'il n'en a que ce que le commettant a voulu lui en laisser. Il n'exécute donc que celle d'un autre qui, fictivement, agit en personne; *qui mandat, fecisse videtur*. Et tel est l'effet du principe que si, par mon ordre, vous avez vendu mon navire, nul besoin, pour l'irrévocabilité de la vente, que je connaisse le consentement de l'acheteur; il suffit que vous ne l'ignoriez pas pour que je sois censé le connaître, et que je le connaisse, pour que vous soyez réputé ne pas l'ignorer.

Sans la certitude de ces principes, certaines dispositions du Code civil blesseraient ouvertement le droit naturel, et on ne saurait comment se les expliquer. Dans la vente, par exemple, comme dans tous les contrats synallagmatiques parfaits, il est des premiers éléments qu'il faut, pour les dissoudre, le commun consentement de ceux qui les ont formés. Cependant *le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble* (art. 2004), *et le mandataire renoncer au mandat en notifiant au mandant sa renonciation* (art. 2007). D'où vient qu'on s'écarte ici du principe général? Évidemment de ce que l'obligation principale existe dans le seul intérêt du mandant.

Posons donc en principe que le mandat donné par lettre, et accepté de fait par le commissionnaire, devient un contrat parfait du moment même de cette acceptation,

fût-elle ignorée du commettant qui a fait la demande.

Si donc le négociant dont il est parlé plus haut, au lieu d'être vendeur de ses propres marchandises, eût été simplement commis à leur achat, et les avait achetées, l'achat eût été pour le compte du mandant, malgré la révocation du mandat antérieurement à la connaissance acquise de son acceptation.

58. — Mais le principe n'est plus le même, *imò* c'est un principe inverse, s'il s'agit d'un négociant qui a pris l'initiative en proposant ses services. Dans ce cas, le contrat ne se forme qu'au moment où ce négociant connaît l'acceptation de ses offres.

D'où provient encore cette différence? De la nature même des choses; de l'évidente disparité qui existe entre celui qui offre et celui qui sollicite une commission.

Quand j'écris à quelqu'un de faire pour moi telle affaire, il est manifeste que je veux que cette affaire se fasse; ma volonté ne saurait être douteuse, et le commissionnaire est bien certain de s'y conformer en agissant en conséquence. Il y aura donc alors concours suffisant des volontés, et le contrat sera formé.

Mais si je propose à quelqu'un, par lettre, de faire pour lui quelque affaire, il est tout aussi évident que je ne serai certain de son consentement qu'après l'avoir connu. Auparavant, nul concours possible des volontés. Comment exécuter des intentions que l'on ignore?

59. — Mais après avoir connu l'acceptation de ses offres, le commissionnaire qui les a faites ne peut plus les rétracter impunément. Il est tenu de l'exécution du contrat, sous peine de dommages-intérêts, quoique de son côté il ne puisse l'exécuter contre le gré du commettant,

ni lui demander une indemnité, parce que celui-ci n'en permettrait pas l'exécution. Ici encore cesse le principe de la réciprocité.

La raison en est que le mandat (ou la commission), contrat synallagmatique imparfait, est principalement dans l'intérêt du commettant; il n'y a donc d'obligation principale que du côté du commissionnaire. En général, celle du commettant ne naît même que de l'exécution du contrat. Cette différence dans les positions respectives du commissionnaire et du commettant explique naturellement pourquoi celui-ci peut, *totiès quotiès*, retirer sa demande de services, même après qu'elle a été acquiescée, et son acceptation d'offres de services, même après que cette acceptation a été connue de celui qui a fait ces offres, sans devoir de dommages-intérêts résultant de ce qu'il ne permet pas l'exécution du contrat; tandis que, le contrat une fois formé, le commissionnaire est tenu de l'exécuter, ou, ce qui est la même chose, doit réparation du préjudice que son inexécution causerait au commettant.

60. — Au reste, que la demande soit contenue dans une lettre du commettant, ou les offres dans une lettre du commissionnaire, il n'est pas nécessaire que l'acceptation le soit aussi dans une missive. La connaissance en peut être valablement acquise pour la formation du contrat par d'autres moyens. Seulement il faut que le fait quelconque d'où l'on prétend que résulte l'acceptation, puisse être attribué à celui auquel on l'oppose, ou à ses préposés, ayant qualité pour l'engager.

61. — C'est encore un principe constant que les demandes subsistent aussi longtemps qu'elles n'ont pas été valablement révoquées, à moins toutefois qu'il n'apparaisse

qu'on ait voulu en circonscrire l'effet dans les limites d'un certain espace de temps.

Si donc j'ai, sans fixer aucun délai, mandé à un négociant de m'acheter et de m'expédier cinquante tonneaux de vin de telle qualité, et à tel prix, ne me les envoyât-il que dans un temps éloigné, hors de mes prévisions et de mon attente, à une époque où je n'en ai plus besoin, et où peut-être ils me sont onéreux, je n'en serai pas moins tenu d'en prendre livraison, parce que j'ai à m'imputer de n'avoir pas révoqué ma demande, ou de n'avoir pas mis mon commissionnaire en demeure de l'exécuter en temps convenable. Dans ce cas, si ma commission avait déjà été acceptée par lettre, la date de cette lettre détermine celle de la formation du contrat, quoiqu'il n'ait été exécuté que beaucoup plus tard; et si le commissionnaire ne m'a pas écrit, cette formation remontera seulement au jour de ses premiers agissements pour l'achat des vins.

On sent néanmoins que ce ne peut pas être là une règle absolue et inflexible; car, par exemple, si le négociant dont on vient de parler connaissait, par nos relations antérieures, que je ne lui demandais les cinquante tonneaux de vins que pour, *v. g.*, remplir une fourniture qu'il sait que je n'ai plus à l'époque de son envoi, il n'est pas de tribunal de commerce qui ne le laissât au compte de l'envoyeur, et il en serait de même des cas analogues. Ce n'est pas que le contrat ne fût formé à compter du moment où les vins ont été achetés pour moi; mais je pourrais en demander la rescision, aux termes de l'art. 1117 du Code civil, vu le dol de mon correspondant.

Au reste, l'assentiment tacite à une demande de services peut résulter du silence seul de celui qui l'a reçue; tout dépend alors des circonstances, que le juge apprécie discrétionnairement, *ex æquo et bono.*

62. — Les offres de services peuvent également être acceptées tant que leur auteur ne les a pas révoquées, et l'époque de la formation du contrat est alors celle où il a connu l'acceptation. Le silence qu'il a gardé en ne révoquant pas, fait présumer qu'il persévère dans sa volonté qui, étant bien connue, restait en tout temps susceptible d'acceptation. Mais celui à qui les offres ont été faites par lettre ne peut jamais se prévaloir de son propre silence pour prétendre que le contrat a été formé, parce que, n'ayant jamais fait connaître sa volonté, il ne saurait être censé avoir cru qu'elle serait exécutée, ni prétendre qu'elle a, en aucun temps, concouru avec celle du correspondant qui en avait inutilement provoqué la manifestation.

63. — Mais si je vous écris, sans vous demander votre avis, que je me propose, ou que j'ai commencé de faire pour vous telle ou telle affaire, ce n'est plus là une simple offre; c'est l'annonce d'un fait qui est ou va être entrepris; et comme vous en avez une pleine connaissance, votre silence pourra, selon les circonstances, équivaloir à un consentement; dans ce cas, l'époque de la formation du contrat serait celle que le juge lui assignerait, eu égard au temps plus ou moins long pendant lequel votre silence s'est prolongé. Nous disons, *selon les circonstances*, car l'exemple suppose que nous avions précédemment ensemble quelques relations d'affaires semblables ou analogues à celle dont il s'agit. Un négociant qui écrirait, *ex abrupto*, à un autre négociant, qu'il fait ou va faire pour lui quelque affaire, s'il restait sans réponse, ne serait pas en droit d'en induire un consentement. Il faut que quelque fait antérieur prête un motif raisonnable à une pareille démarche.

64. — Ce sera en traitant des obligations, en général, du commissionnaire et du commettant que nous ferons voir les effets de l'acceptation et de la révocation dont il vient d'être parlé; mais observons, dès à présent, qu'il ne faut pas confondre cette espèce de révocation avec la révocation et la renonciation réglées par les art. 2004 et 2007 du Code civil. La première de ces révocations empêche la convention de se former; la seconde, ainsi que la renonciation, dissout le contrat. Il est sensible que les résultats en doivent être très-différents.

65. — Le principe que la demande subsiste et que les offres peuvent être acceptées tant qu'elles ne sont pas révoquées est d'une fréquente application. Il régit l'espèce du commerçant qui envoie à ses correspondants le prix courant des marchandises de son commerce, et celle du marchand qui expose en vente certains articles avec des prix cotés. Il n'est pas moins applicable aux entreprises, de quelque genre qu'elles soient, manufactures, hôtelleries, messageries, chemins de fer, paquebots à vapeur, qui, par des enseignes, des affiches, des prospectus, s'annoncent au commerce avec des conditions de régularité dans la manière de traiter, dans l'itinéraire, le départ, l'arrivée, dans le prix des services, des choses, des places, le tarif des marchandises, etc... Que sont, en effet, de telles annonces? Une invitation continuelle au commerce de s'adresser à l'entreprise, une offre permanente de services, une promesse toujours subsistante de traiter aux conditions annoncées avec quiconque y satisfera, sans pouvoir les modifier autrement que par une préalable et égale publicité : *Mercator præsumitur in eâdem voluntate perseverare* (Casareg. Disc. 119, n° 32). Or, tant que la proposition n'est pas régulièrement révoquée ou modifiée,

libre à tout commerçant de l'accepter, et dès qu'il a fait connaître à l'entreprise son acceptation avec offre de satisfaire aux clauses du prospectus, il se forme entre elle et lui un engagement, une convention parfaite, une promesse inviolable, suivant l'expression du même auteur : *Tale programma publicè expositum induit inviolabilem promissionem in magistro navis circà ea quæ sunt in illo expressa* (Casareg. Disc. 122, n° 22) (1).

(1) Voir, *J. du Pal.*, 1852, 2, 261, une espèce jugée dans le même sens par le tribunal de commerce de Marseille et la Cour d'Aix.

## § II

### DES CHOSES QUI SONT DE LA NATURE DU CONTRAT DE COMMISSION, ET DE CELLES QUI LUI SONT ACCIDENTELLES.

SOMMAIRE.

66. L'exclusion des choses qui sont de la nature du contrat de commission n'empêche pas qu'il ne se forme, mais elle doit être convenue.
67. Innovation du Code civil : la gratuité, autrefois de l'essence du mandat, n'est plus que de sa nature; pas de stipulation, pas de salaire.
68. Pour la commission, règle inverse; le salaire est de sa nature : point de stipulation, point de gratuité.
69. Le salaire n'est pas considéré comme de l'essence du contrat; deux commerçants, faisant réciproquement et *gratuitement* les affaires l'un de l'autre, sont réputés s'entre-payer salaire.
70. Le salaire est dû entre deux non-commerçants, si l'affaire est commerciale; il l'est aussi, dans le même cas, au *negotiorum gestor*.
71. Indication de certaines choses qui, outre le salaire, sont de la nature de la commission, quel qu'en soit l'objet; exemples particulièrement applicables à certaines espèces de commission.
72. L'art. 94 du Code de commerce n'est pas limitatif; il régit toutes sortes de commissions;

73. A moins d'une exclusion expresse, ce qui est d'usage dans le lieu de l'exécution est de la nature du contrat.
74. Ce qu'on entend par *clauses accidentelles au contrat;* exemple qui l'explique.

66. — Un acte de commerce déterminé et la capacité commerciale sont deux conditions particulièrement essentielles à notre contrat. Si l'une manque, nulle commission possible ; au contraire, l'absence des choses naturelles au contrat ne l'empêche pas d'être ; mais si la convention ne les exclut, elle les comprend de plein droit.

Les choses de sa nature sont une suite ou de l'obligation, ou de l'équité, ou de l'usage. On en peut donner des exemples, les uns communs à toutes sortes de commission, les autres applicables à telle ou telle commission en particulier ; mais, dire en quoi toutes consistent, c'est ce que nul ne saurait faire.

67. — Strictement parlant, notre ancien droit, comme le droit romain, n'admettait d'autre mandat que celui de bienfaisance, *quippe quod ex amicitiâ proficiscitur.* Le Code civil (1986, 1999) consacre le mandat gratuit et autorise le mandat salarié. Aujourd'hui la gratuité ne fait donc pas plus l'essence du mandat, que le salaire ne la détruit. Mais elle est de sa nature, et, pas de stipulation, pas de salaire (1).

68. — Pour la commission, règle inverse : point de stipulation, point de gratuité. Rien, dans le commerce, n'est présumé de pure bienfaisance. Son seul mobile, c'est

(1) *En général*, car il est des mandats du droit civil emportant salaire, sans convention ; tel, *v. g.*, celui d'un notaire chargé d'une vente ou d'un recouvrement.

l'intérêt ; le gain, son but unique, et tout service y est payable. *Dignus est operarius mercede suâ* : voilà sa maxime. Si la convention n'a réglé le salaire, il l'est par l'usage du lieu où le contrat s'exécute, et c'est ordinairement celui où il s'est formé.

69. — Pourquoi donc s'écarter des auteurs qui estiment le salaire essentiel à la commission? Parce qu'avant tout il faut de l'exactitude et rien d'inutile. Dans le commerce, pas plus qu'ailleurs, la loi n'ordonne à personne de mettre un prix à ses services. Une convention expresse peut donc très-bien constituer un commerçant agent gratuit d'un autre commerçant, ou de quelqu'un qui ne l'est pas. Sa responsabilité sera moindre; mais en quoi l'essence du contrat en souffre-t-elle? Après tout, ce n'est ici qu'une sorte d'abstraction ; car il doit être bien rare qu'un commerçant n'exige pas son salaire, et plus rare encore qu'il s'interdise le droit de l'exiger.

Si deux commerçants convenaient de faire réciproquement et gratuitement les affaires l'un de l'autre, la gratuité, dans ce cas, dont les exemples doivent être aussi fort rares, serait bien plus apparente que réelle. Leur salaire respectif consisterait alors, par une sorte de compensation aléatoire et très-licite, dans la réciproque dispense d'en payer un, de même que, par l'effet de l'assurance mutuelle, chaque assuré trouve l'équivalent d'une prime dans l'exemption d'en devoir. Leur responsabilité serait donc la même que si chacun d'eux recevait un salaire.

70. — Et ce n'est pas seulement entre commerçants de profession que le salaire est dû de plein droit. Il l'est aussi, *de plano*, entre deux non-commerçants dont l'un ferait pour l'autre une affaire commerciale, suivant les prin-

cipes exposés *suprà*, n°ˢ 27 et suiv. ; il le serait même à un simple *negotiorum gestor*.

En faisant une affaire commerciale, les deux non-commerçants ont dû savoir qu'ils se rangeaient, pour cette affaire, sous l'empire des lois du commerce ; et comme ils en subiraient la rigueur, le cas échéant, ils en doivent aussi réciproquement obtenir tous les avantages. Il en est de même du *negotiorum gestor*. Le principe qui attache, de plein droit, un salaire à toute commission, et même à la simple gestion d'affaires, se fonde sur l'évidente et générale utilité qu'en retire le commerce ; car le salaire est, pour le moins, autant de l'intérêt de celui qui le paye, que de l'intérêt de celui qui le reçoit, puisque le mandat salarié astreint le mandataire, et plus étroitement encore le mandataire commercial, à la responsabilité rigoureuse de ses fautes *les plus légères*, tandis que le mandataire gratuit peut être absous par le juge de certaines fautes plus ou moins répréhensibles. Aussi n'est-il pas un négociant expérimenté qui voulût confier une affaire importante à un commissionnaire non salarié. Au cas de la faillite du commissionnaire et du commettant, les créanciers de celui-ci seraient en droit de lui reprocher la même imprudence que s'il avait mis en mer un navire et une riche cargaison sans les avoir fait assurer, si surtout il pouvait se couvrir pour une prime aussi légère que l'est ordinairement le droit de commission.

Cependant, on a prétendu qu'aucun salaire n'était dû au *negotiorum gestor* qui a utilement géré, par la raison qu'on ne saurait présumer dans le maître et le gérant la volonté de donner et de recevoir un salaire, et qu'on ne doit pas supposer une bienveillance intéressée ni l'intention de se procurer un bénéfice personnel. Cette doctrine ne saurait être admise ; elle méconnaît l'esprit du com-

merce, la nature de la gestion d'affaires mercantiles, l'assimilation que le Code civil même fait de la gestion d'affaires au mandat exprès, et enfin l'usage de tous les temps et de tous les lieux. (Phoonsen, cap. 18, § 20; Baldasseroni, *Leggi et costumi del cambio*, p. 246; *Daniels*, (Grundsätze des Wechselrechts, u. s. w., S. 322.) (1).

71. — Le salaire est donc de la nature du contrat de commission, et une infinité d'autres choses en sont encore, par exemple, l'obligation du commissionnaire d'agir non-seulement avec bonne foi, mais avec tout le soin et toute l'habileté qu'exige l'exécution des ordres dont il s'est chargé (*spondet industriam et diligentiam negotio gerendo parem*); d'être exact à transmettre au commettant les nouvelles et renseignements qui intéressent la négociation commise; de l'informer, sans perte de temps, quand et comment elle s'est terminée; quelquefois aussi d'en suspendre l'exécution et de solliciter de nouveaux ordres, etc.

(1) *Principes du droit du change dans ses rapports avec le Code prussien et le Code de commerce français.*

C'est à l'amitié de M. Delaborde, avocat à la Cour de cassation, et à l'intérêt bienveillant qu'il n'a cessé de porter à nos travaux, que nous devons la connaissance de cet ouvrage.

Ce livre, objet favori des études, des soins, des affections de M. Daniels jusque dans les derniers jours de sa vie (welches, als einer seiner Lieblingsgegenstände, von ihm noch in seinen letzten Lebenstagen mit besonderer Liebe gepflegt worden ist), réunit à l'exposition théorique des principes (mit dem Vorzuge der Gründlichkeit) les avantages de l'utilité pratique (auch den der praktischen Brauchbarkeit); néanmoins, il est peu connu en France.

Quant à l'auteur, il a laissé d'honorables souvenirs à la Cour de cassation, où il fut avocat général, et à la science plusieurs réquisitoires remarquables insérés dans le *Répertoire* de Merlin. Il est mort conseiller privé d'État en Prusse, et premier président de la Cour d'appel de Cologne.

L'exemple qu'on vient de donner s'applique à toutes commissions indistinctement. En voici d'autres particulièrement applicables à certaines espèces de commission, telles que celles pour vendre, pour acheter, etc.

Suivant les règles du mandat civil, le pouvoir que je vous donne de vendre ma maison n'emporte pas, de plein droit, le pouvoir d'en toucher le prix. L'acquéreur qui vous le payerait ne serait pas libéré. Dans le commerce, c'est tout le contraire. La commission de vendre des denrées ou marchandises renferme implicitement le droit et impose même le devoir de s'en faire payer le produit. Nul doute possible, en ce qui concerne le commissionnaire qui agit en son propre nom ; c'est une nécessité : et quant au commissionnaire agissant au nom du commettant, nul doute encore, puisque l'art. 94 du Code de commerce, en l'autorisant à se rembourser par préférence à tous créanciers du commettant, *de ses avances, intérêts et frais*, sur le montant de la vente, lui suppose et lui donnerait, s'il n'existait déjà, le droit d'en toucher le produit. C'est même aussi pour lui une obligation étroite dont l'inexécution le rendrait responsable envers le commettant, si l'acheteur ne payait pas. Une grave conséquence de ce principe certain, c'est que l'acheteur qui payerait directement au commettant, contre le gré ou à l'insu du commissionnaire, se rendrait responsable envers celui-ci des effets de son privilége, si ce commettant venait à faillir. Il ne pourrait non plus compenser avec le commettant que sous la même responsabilité; car, d'une part, la compensation est un payement, et d'un autre côté, s'il y avait des compensations à opposer, la bonne foi lui commandait d'en instruire le commissionnaire, qui n'eût peut-être pas traité avec lui, dans la crainte de compromettre ses avances.

72. — Au reste, l'art. 94 n'est pas limitatif; il est la déduction d'un principe général : c'est que tout commissionnaire, chargé d'une opération où il expose des avances, doit pouvoir se rembourser par mains ; comme, par exemple, s'il s'agissait de faire une assurance, de négocier un connaissement à ordre, une lettre de change, ou tous autres effets commerçables ; en un mot, de toute affaire qui se solde par de l'argent, ou des valeurs qui le représentent dans le commerce. *Le commissionnaire doit encaisser et recouvrer* : c'est la règle.

De même que le pouvoir de vendre une maison ne donne pas le droit d'en toucher le prix, de même le pouvoir de l'acheter ne renferme pas celui de la payer. Le faire, c'est se rendre responsable des justes compensations que le mandant aurait eues à opposer au vendeur. Dans le commerce, au contraire, *le pouvoir de payer se présume dans celui d'acheter*. C'est encore la règle. En vain le commettant prouverait-il qu'il pouvait compenser si le vendeur n'eût été payé. Il devait le prévoir, et exclure du mandat un pouvoir qu'il contenait tacitement. Mais ce pouvoir de payer n'est pas obligatoire comme celui d'encaisser et de recouvrer. C'est une pure faculté.

73. — Ni la loi, ni la convention ne sauraient tout prévoir. On supplée donc aux choses omises sans intention de les exclure, par ce qui est d'usage et d'équité. C'est une autre règle : *in conventionibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis* ; et ce n'est pas une règle moins certaine que *nul n'est censé ignorer l'usage de l'endroit où ses ordres doivent être remplis.*

Quand ils s'exécutent au lieu de la résidence du commissionnaire et de l'acceptation du mandat, ce qui, comme nous l'avons dit, est la pratique habituelle, nulle difficulté.

Mais si le commissionnaire a pris l'initiative en faisant des offres de services, leur acceptation a pu former le contrat au lieu de la résidence du commettant, et ce contrat peut encore devoir être exécuté dans un lieu qui n'est ni celui de sa formation, ni celui de la résidence d'aucun des contractants. Dans ce double cas, la règle d'équité veut qu'on se conforme, quant à l'exécution et ce qui en est une conséquence, à l'usage de l'endroit où la commission s'exécute. Si vous m'écrivez de Bayonne à Saint-Malo de me rendre à Jersey, d'y affréter un navire de tel tonnage et d'en composer la cargaison de telles marchandises, et que j'accepte, nous nous soumettons tacitement, chacun pour ce qui le concerne, aux usages particuliers de *Saint-Hellier*. Si donc la commission y est de 5 p. 100, affrétement et cargaison, tandis qu'en France elle ne serait que de 4 p. 100, la plus forte m'est due, et la raison en est sensible. D'une part, je tiens la place d'un négociant de Saint-Hellier à qui vous ne pourriez la refuser; il y aurait donc injustice à m'en priver. Si vous n'entendiez allouer que 4 p. 100, que ne le disiez-vous? D'un autre côté, tenu, dans le silence de mes ordres, d'agir conformément aux usages du lieu où j'exécute, si je ne le fais, et qu'il s'ensuive dommage, je dois le réparer; on ne me recevrait évidemment pas à invoquer l'usage de France. Or ma condition ne doit pas être pire que la vôtre : *prima pars æquitatis, æqualitas.*

Rendons cette vérité plus évidente encore, s'il est possible. Sachant que je prépare un armement pour Buénos-Ayres, vous me commettez la vente de votre pacotille. Ce mandat emporte tacitement le pouvoir de substitution, car vous n'avez sans doute pas compté que, n'allant pas, en personne, gérer ma propre affaire, je partirais de France pour faire la vôtre. Il est donc sous-entendu que

je la consignerai à un commerçant du lieu. Mais s'il y est d'usage que le consignataire reste, de plein droit, *du croire*, et que je justifie lui avoir payé sa commission en conséquence, quel est le juge qui ne vous condamnera pas à me la rembourser? Aviez-vous une intention contraire: pourquoi ne pas le dire? Je ne me serais pas chargé de la pacotille.

74. — Quant aux conditions accidentelles au contrat, ce sont, comme on l'a vu, des clauses que les parties y ajoutent expressément, suivant les occurrences. Elles se diversifient à l'infini, et c'est encore le cas de dire : *tot sunt genera, quot rerum contrahendarum.* Vous acceptez l'ordre d'acheter pour mon compte, à 150 fr. l'une, 100 barriques de vin de 1838, du cru de *Saint-Philibert*. Consentement mutuel, capacité, spécialité de la chose à faire, rien ne manque à l'essence de cette commission. Elle renferme aussi, quoique tacitement, des conditions qui ne sont que de sa nature, *v. g.*, à ma charge, l'obligation de payer salaire, à la vôtre, d'acheter de la marchandise loyale et marchande. Mais si j'ajoute que ces vins seront pris à Saint-Philibert même, et chez Jacques, propriétaire-vigneron, qu'ils seront expédiés en son nom, avec acquit-à-caution, qu'ils seront logés en fûts neufs, et n'entreront en aucune espèce de transit (1), ce sont là autant de clauses accidentelles qui ne vous obligeraient pas si je ne les avais exprimées.

(1) Toutes ces clauses ont pour objet d'empêcher, autant que possible, le changement frauduleux des vins.

## § III

### DE LA NÉCESSITÉ DE L'ACCORD DES VOLONTÉS SUR L'EXCLUSION DES CHOSES QUI SONT DE LA NATURE DU CONTRAT, ET SUR LES CONDITIONS ACCIDENTELLES QUI PEUVENT Y ÊTRE INTRODUITES.

SOMMAIRE.

75. Lorsque les contractants, ou l'un d'eux, entendent faire entrer dans le contrat quelque chose qui n'est pas de sa nature, ou en exclure quelque chose qui en est, le concours de leurs volontés sur tout cela n'est pas moins nécessaire que sur les choses de l'essence même du contrat.
76. Exemple relatif à la nature du contrat.
77. Exemple relatif à une stipulation accidentelle.
78. L'accord des volontés n'est pas moins nécessaire sur le mode et les moyens d'exécution du contrat avec le tiers qui concourra à cette exécution; divers exemples d'application.
79. Les conséquences de l'usage sont de la nature du contrat, tout aussi bien que les conséquences de l'équité.
80. La violation de certains usages du commerce donnerait lieu à la cassation d'un jugement ou d'un arrêt qui, tout en reconnaissant l'existence de ces usages, ne s'y serait pas conformé.
81. Transition au chapitre de la gestion des affaires d'autrui.

75. — Dans ce qui est dit, § 1, du concours des volontés, touchant la formation du contrat, on les a supposées d'accord silencieusement sur ce qui est de sa nature, et expressément sur ce qui n'y accède que par la stipulation. Mais c'est le cas le plus rare. Ordinairement l'un des contractants, et souvent chacun des deux, fait dépendre son obligation de quelques conditions extensives ou restrictives de celles qui s'y trouvent tacitement comprises, et alors la commission n'est parfaite que quand on s'est accordé de part et d'autre sur les exigences ayant pour objet d'en exclure quelque chose qui est de sa nature, ou d'y faire entrer quelque chose qui n'en est pas. Or sur tout cela le consentement mutuel est aussi nécessaire qu'en ce qui tient à l'essence même du contrat, parce que chacun est libre de subordonner son engagement aux modifications qu'il lui plaît d'y apposer.

76. — Par exemple, comme on l'a vu n° 71, celui qui a charge de vendre ou de faire pour autrui toute autre opération commerciale, est dans le droit, bien plus, dans l'obligation, d'en recevoir le produit, et même de le recouvrer. Nul besoin de convention à cet égard. Mais, par cela seul que ce pouvoir, étant de la nature du contrat, y existe sans stipulation, il est évident qu'il en faut une pour l'en retrancher. Par conséquent nulle commission possible tant que le commettant persisterait dans sa volonté explicite de ne pas le donner au commissionnaire, ou celui-ci dans le refus exprimé de l'accepter.

Il en est ainsi de tout ce qui se déduit de la nature du contrat. Inutile de multiplier les exemples.

77. — Quant à ses conditions accidentelles, comme elles ne peuvent jamais en faire partie que par la stipulation,

il est encore évident que, pour les y introduire, il faut le même assentiment des volontés que pour supprimer ce qui est de sa nature. *V. g.*, je vous écris de Rennes à Lorient : « Vers la fin de septembre prochain, il m'arrivera « dans votre port un bâtiment chargé de 200 tonneaux « sucres et cafés. Je vous prie d'en accepter la consigna- « tion ; mais, en attendant la vente, il me conviendrait « de pouvoir prendre sur vous, à plus courte échéance « possible, une anticipation de fr. 30,000. » Si vous me répondez qu'en acceptant la commission, vous m'ouvrirez un crédit de fr. 15,000, il n'y aura pas de contrat que vous ne m'ayez accordé le crédit de 30,000 fr., ou que je ne me sois rabattu à celui de 15. Mais quand je vous demande un crédit de 15,000 fr., et que vous m'en accordez un de 30,000, la convention est parfaite, parce que, bien qu'on ne puisse pas dire, rigoureusement parlant, que nous soyons d'accord sur le chiffre du crédit, nous le sommes cependant d'une manière suffisante en réalité, vu que la moindre somme se trouve toujours comprise dans la plus forte, et qu'après tout, je reste maître de réduire mes dispositions sur vous au *quantùm* déterminé par ma demande. Néanmoins, si votre réponse me donne à croire que vous n'entendez vous charger de la consignation et de la vente qu'à condition de me faire, dès à présent, l'avance des fr. 30,000, afin d'utiliser ainsi cette somme entière qui est chez vous sans emploi, il faut que j'accepte la proposition ; sinon, point de contrat.

78. — Il n'y en aurait pas davantage si nous n'étions point d'accord non-seulement sur ce qui doit s'exécuter directement, *omisso medio*, entre vous et moi, mais encore sur le mode et les moyens d'exécution de notre contrat dans vos rapports avec les tiers qui devront néces-

sairement concourir à cette exécution. Si donc, quand je vous mande de vendre la cargaison par lots de dix tonneaux et au comptant, vous me répondez qu'il serait plus avantageux de la vendre par lots de cinq tonneaux, et aux termes usités sur la place, fussions-nous d'accord sur tout le reste, le contrat ne sera formé que quand j'aurai autorisé ce dernier mode, ou que vous aurez accepté d'agir comme je le prescris. Il en serait autrement, bien entendu, si j'avais donné un mandat *cum liberâ*, en vous disant, par exemple, *de prendre conseil des circonstances*, *de faire pour le mieux*, *selon votre prudence*, et autres locutions semblables qui confèrent un pouvoir discrétionnaire.

Dans la supposition où mon mandat porterait de fréter le navire après la vente des marchandises, mais de le fréter au comptant, si vous me répondez que vous ferez le fret payable dans un mois, il faudra encore, pour former le contrat, que votre votre volonté cède à la mienne, ou la mienne à la vôtre. Que si, nonobstant mes ordres contraires, vous accordez un terme, ce n'est plus le cas de la commission, mais c'en est un autre où la responsabilité est beaucoup plus étendue, ainsi que nous le verrons tout à l'heure.

79. — Enfin, il en est de l'usage comme de l'équité. Tout ce qui en dérive fait tacitement partie du contrat, à moins qu'on n'en soit autrement convenu; c'est la règle. Par conséquent, lorsque vous me remettez en recouvrement un effet de fr. 30,000, sur Jacques qui me les paye en billets de banque, mode de libération généralement usité dans le lieu où j'agis, je n'en réponds point si la banque vient à manquer. Ne vouliez-vous que des écus, il fallait vous en expliquer.

En un mot, on peut dire de la force de l'usage par rap-

port au commerce, ce qu'en dit Horace, par rapport au langage :

Sic volet usus
Quem penès arbitrium est et jus et norma...

80.—M. Merlin (*Rép.*, v° *Plaider par procureur*) dit que la simple violation d'un usage ne suffit point pour opérer la cassation d'un jugement. Ainsi, ajoute l'auteur, s'est exprimée la Cour de cassation dans un arrêt du 22 brumaire an XII, rapporté aux *Questions de droit* où il se trouve effectivement, v° *Prescription*, § 15.

On a vu, t. 1er, *Appendice, des usages*, p. 445, qu'il n'en est pas ainsi de ceux du commerce. La Cour de cassation annulerait un arrêt ou un jugement en dernier ressort, qui violerait certains usages commerciaux dont ces décisions auraient reconnu et constaté l'existence.

81. — Jusqu'à ce moment, on a toujours considéré les engagements réciproques comme le produit d'un consentement mutuel. Mais il en est d'autres également réciproques, et qui cependant ne naissent que du seul fait de celui qui, volontairement, agit pour un tiers, lequel ne connaît, ni ne veut, ou qui quelquefois même a défendu l'agissement qu'on s'ingère de faire pour lui. De tels engagements sont le résultat de ce qu'en jurisprudence on appelle *negotiorum gestio*. Rien n'est plus commun entre commerçants (1).

Cependant leur loi n'en dit rien, et le Code civil peu de chose. Quelques principes de droit naturel, sanctionnés ou restreints par un petit nombre de dispositions arbitraires,

(1) V. M. Merlin, *Questions de droit*, v° *Compte courant*, p. 476.

c'est de quoi se compose toute la législation sur la matière. Plus libre dans ses allures, le commerce ne répudie aucune conséquence justement déduite de l'équité naturelle ; et, comme il en résulte, entre le droit civil et le droit commercial, de nombreuses différences qu'on ne peut faire ressortir qu'en les comparant l'une avec l'autre, nous examinerons, sous ce double rapport, les obligations sans convention qui sont l'objet du chapitre suivant.

---

## CHAPITRE TROISIÈME

De la gestion des affaires d'autrui, selon le droit civil et selon le droit commercial;

Des engagements et stipulations pour autrui, selon le droit civil et selon le droit commercial;

De la ratification et de ses effets.

### § I

DE LA GESTION DES AFFAIRES D'AUTRUI SELON LE DROIT CIVIL ET SELON LE DROIT COMMERCIAL.

SOMMAIRE.

82. Difficulté de la matière; certains engagements naissent de do la volonté libre de l'homme; d'autres, sans sa volonté et même contre sa volonté.
83. Du fait de s'ingérer volontairement et sans mandat dans l'affaire d'autrui, il naît un double engagement; l'équité en est la cause génératrice.
84. M. Toullier enseigne que les engagements sans convention ne peuvent devoir leur naissance qu'à la toute-puissance

de la loi ; examen et rejet de cette théorie ; conséquences qui en résultent.

85. Nécessité d'insister sur la véritable origine des quasi-contrats ; de l'équité seule on peut obtenir la solution des difficultés non prévues par la loi.

86. L'intention de l'homme n'est pour rien dans la formation des engagements sans convention ; cas où l'intention doit être comptée pour quelque chose.

87. Trois choses sont, dans le droit civil, de l'essence du quasi-contrat *negot. gestor*, et deux de plus dans le droit commercial.

88. 1° Il faut qu'il préexiste à la gestion une affaire qui en soit la matière ; ce que signifient les locutions : *faire l'affaire d'autrui, faire une affaire pour autrui ;* la distinction entre le *negot. gestor* et le *negot. susceptor* faite par un arrêt de la Cour de Bordeaux.

89. Il n'est pas nécessaire que la chose appartienne en totalité ou en partie à celui pour lequel on agit ; on peut être *negot. gestor* de quelqu'un qui n'est propriétaire d'aucune partie de la chose gérée.

90. Pour être réputé maître, il suffit d'avoir un intérêt actuel et spécial à ce que l'affaire soit faite.

91. Il y a gestion d'affaires pour tout ce l'on fait au delà des pouvoirs reçus, pourvu que ce qui est fait ait un rapport naturel avec l'objet du mandat ; exemples : cas où il y a *negot. gestio*, cas où il y a *negot. susceptio ;* même distinction lorsque l'on gère par suite d'un mandat révoqué ou nul.

92. 2° Il est de l'essence du quasi-contrat *negot. gestor.* que le fait qui en est la matière soit licite ; les délits et quasi-délits ne peuvent être la matière d'un quasi-contrat ; erreurs de deux auteurs recommandables.

93. 3° Il est de l'essence du quasi-contrat *negot. gestor.* que le fait de la gestion soit purement volontaire de la part de son auteur ; explication des mots de l'art. 1371 du Code civil : *faits purement volontaires.*

94. 4° Il faut en outre, dans le droit commercial, que la matière de la gestion soit une affaire commerciale ; exemples.

tions d'affaires commerciales, l'une dont le résultat est manifestement utile et où les obligations réciproques naissent *ipso gesto;* l'autre dont l'utilité n'est pas certaine et que le maître doit approuver; ils établissent que si le résultat d'une gestion n'est pas indubitablement utile, le maître n'est engagé que par son approbation.

107. Néanmoins ce principe n'est pas absolu; il souffre exception dans le cas d'urgence et d'utilité vraisemblable; sentiment de Casaregis.

108. La maxime que c'est une faute de s'immiscer dans les affaires d'autrui est nécessaire au commerce; mais on ne doit pas en exagérer les conséquences; divers exemples de l'application des art. 1372, 1373 du Code civil; on doit chercher la décision de ces sortes d'espèces, moins dans les lois écrites que dans les usages et les règles de la bonne foi.

82. — En abordant la matière des quasi-contrats, à laquelle nous sommes forcés de joindre celle des engagements et stipulations pour autrui, nous pourrions dire ce que Scaccia (1) disait autrefois du change : *Hæc materia doctorum opinionibus plurimùm offuscata et dudùm ab interpretibus vexata, apud omnes jurisconsultos reputatur obscura, difficilis et intricata.* Aussi, n'est-ce pas sans un juste sentiment de notre insuffisance que nous oserons nous livrer à l'examen de questions abstruses, mais d'un haut intérêt dans la philosophie du droit, et opter entre les opinions contraires de deux jurisconsultes tels que Pothier et M. Toullier. Mais puisque notre sujet nous condamne à l'examen de ces controverses, nous essayerons, *licet paulò audaciùs*, d'en simplifier le texte autant qu'il nous sera possible.

Dans le mandat, on vient de le voir, le concours des

(1) *Tract. de commerc.*, § 1, quest. 2, n[os] 11 et 18.

volontés peut seul faire naître des obligations. A la vérité, la loi les sanctionne en ces termes : « Les conventions « légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les « ont faites » (1334 C. civ.); mais elle n'y concourt pas : elle ne fait qu'en garantir l'exécution.

Outre ces engagements, qui ne doivent leur naissance qu'à la libre volonté de l'homme, il en est d'autres, les uns unilatéraux, les autres bilatéraux, qui se forment indépendamment de sa volonté, et même, au besoin, contre sa volonté.

« Certains engagements, porte l'art. 1370 du Code ci- « vil, se forment sans qu'il intervienne aucune conven- « tion ; ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de « celui qui est obligé.

« Les uns résultent de l'autorité seule de la loi; les autres « naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.

« ... Les engagements qui naissent d'un fait personnel « à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-con- « trats, ou des délits ou quasi-délits.

« Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires « de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque « envers un tiers, et quelquefois un engagement récipro- « que des deux parties. » (Art. 1371 C. civ.)

C'est à cette dernière espèce d'engagements que se rapporte notre quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

L'une des parties est appelée *le gérant;* l'autre, *le maître* ou *le propriétaire*. C'est ainsi que la loi les désigne.

83. — Lorsque volontairement, et sans votre mandat, je m'ingère dans une affaire qui vous appartient, je deviens auteur d'un fait qui se rapporte à vous, et qui m'est personnel. De ce fait il naît un double engagement : l'un qui, entre autres obligations, m'impose celle de vous rendre compte de ma gestion ; l'autre qui vous oblige à

m'en rendre entièrement indemne, si j'ai bien administré (1372 et 1373). Cet engagement réciproque, qui, formé sans consentement mutuel, fait violence, s'il le faut, à la liberté de l'homme, où prend-il sa source? Quelle en est la cause génératrice? Est-ce la loi seule? Est-ce la seule équité naturelle? C'est ce qu'il s'agit de découvrir.

L'homme peut, en vertu de sa seule volonté, s'imposer envers l'homme toutes sortes d'obligations; la loi (art. 6 C. civ.) n'en excepte que celles qui seraient contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Mais que de troubles, que de désordres dans la société, ou plutôt quel obstacle à l'existence même de la société, si l'homme ne pouvait être astreint à remplir que les obligations qu'il se serait imposées volontairement à lui-même! A la vérité, l'auteur de la nature a mis en lui le discernement du juste et de l'injuste. Il sait donc bien qu'il commet une injustice quand il s'empare de ce qui appartient à son semblable; s'il le retient, il sent bien encore que la justice lui commande de le rendre. Cette obligation est si réelle, indépendamment de toutes lois humaines, qu'il la sent et la voit au fond de sa conscience; mais ses mauvaises passions lui permettraient-elles toujours d'accomplir volontairement ce devoir sacré, et, le plus souvent, ne l'en détourneraient-elles pas? L'expérience n'apprend que trop ce qu'il faut en penser; et c'est pourquoi, à l'instant même où le fait de l'homme agit sur la propriété d'autrui, l'intervention de la loi sociale est nécessaire, non pour créer des obligations, elles existent déjà, mais pour contraindre à leur exécution celui qui aurait l'injustice de vouloir s'y soustraire.

C'est par une conséquence de ces principes, qu'ils regardaient comme d'éternelle vérité, que de tout temps les philosophes et les jurisconsultes ont reconnu des obliga-

tions mixtes, c'est-à-dire des obligations que l'équité seule fait naître, et que la loi sanctionne en prêtant sa force à cette même équité qui *défend de s'enrichir au détriment d'autrui.* Cette doctrine était universellement reçue et enseignée avant le Code civil, et c'est pour la consacrer qu'il dit (art. 1370) que certains engagements *résultent de l'autorité seule de la loi*, et que d'autres *naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé;* car, si la loi se fût prétendue créatrice de tous les engagements qui se forment sans la volonté de l'homme, que lui coûtait-il de le dire? Et pourquoi cette distinction dans un même article, entre les engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi, et ceux qui, dans notre quasi-contrat, naissent d'un fait qu'elle ne commande ni ne défend?

84. — Selon M. Toullier (t. 11, n° 9), la distinction aurait pour objet de faire entendre que des deux espèces d'obligations les unes résultent de la loi, sans aucun fait de celui qui se trouve obligé, les autres aussi de la loi, *mais à l'occasion d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, et même à celui envers qui l'autre est obligé* (1). Voilà sur quoi il fonde le principe ainsi énoncé (*ubi sup.*, n° 6) : *les engagements sans convention ne peuvent devoir leur naissance qu'à la toute-puissance de la loi.*

Nous accepterions l'explication et le principe si, en parlant de la loi, M. Toullier l'entendait ici comme Pothier, qui, dans son *Traité des obligations*, n° 114, s'exprime en ces termes : « Dans les quasi-contrats, il n'intervient aucun consentement, et c'est la loi seule, *ou l'équité naturelle* qui produit l'obligation, en rendant *obligatoire* le fait d'où elle résulte. » Mais telle n'est pas la pensée

(1) *Personnel* est ici employé dans un double sens. Voir t. 1, n° 239, § *du serment*, quelle confusion il en peut résulter.

de M. Toullier; et, dès lors, nous ne saurions admettre ni son principe ni son explication.

Le premier obstacle, c'est que le texte de la loi y résiste; car, pour le faire entendre dans le sens qu'il lui prête, M. Toullier est obligé d'y sous-entendre un mot qui ne s'y trouve pas. Suivant lui (*ubi sup.*, n° 8) il faut dire : « les autres (engagements) naissent *à l'occasion* « d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.

« Cette légère rectification, continue M. Toullier, n'a « rien de contraire au texte de notre article, car on peut « très-bien dire que l'obligation naît du fait, ou doit sa « naissance au fait, en ce sens que l'existence du fait est « nécessaire pour lui donner naissance; on peut dire encore que le fait est la condition de l'obligation. La loi « dit : Celui qui prendra ou retiendra le bien d'autrui, « sera obligé de le rendre. Du moment où vous vous emparez du bien d'autrui, l'obligation de le rendre prend « naissance; la condition de l'obligation éventuelle est « accomplie. »

Il est, à notre avis, peu probable que le législateur ait fait ces raisonnements en écrivant l'art. 1370. Mais, en se fondant même sur ce passage, on semblerait en droit d'en conclure que M. Toullier avoue le principe de Pothier; car l'équité naturelle qui, de l'aveu de tous, défend de s'enrichir aux dépens d'autrui, commande, par là même, à celui qui le prend ou le retient, de le rendre. Mais cette interprétation de la pensée de M. Toullier n'est pas proposable, puisque la loi dont il parle n'est autre que celle dont les « commandements sont obligatoires pour tous les sujets. *Legis virtus hæc est, imperare, vetare, permittere, punire* (1). » Or, on ne peut

(1) *Ubi sup.*, n° 6.

s'exprimer ainsi qu'en parlant de la loi écrite, et dès lors la modification à sous-entendre dans l'art. 1370 n'est pas sans importance; car, si l'engagement ne naît *qu'à l'occasion du fait*, comme M. Toullier le dit, c'est à la loi qu'il doit sa naissance; mais, s'il la doit au fait, comme la loi le dit expressément, l'engagement est créé dès avant que la loi s'en occupe, et alors il ne peut l'avoir été que par l'équité seule.

Au reste, M. Toullier finit lui-même par avouer que le Code civil reconnaît des engagements nés de la seule équité ; car en réfutant l'opinion de Pothier sur un autre point de doctrine, il rappelle (*ubi sup.* n° 24) que ce célèbre jurisconsulte dit (*Quasi-cont. neg. gest.*, n° 192), que « la seule équité est suffisante pour produire une « obligation civile, par conséquent une action, etc. » Puis M. Toullier ajoute : *le Code a consacré ces principes.* Voilà ce que nous voulions constater. Que la doctrine spéculative de M. Toullier sur la cause génératrice des engagements sans convention ait en sa faveur plus ou moins de probabilité, toujours est-il qu'il reconnaît que celle de Pothier a été adoptée par le Code, et nous hésitons d'autant moins à lui donner la préférence, qu'elle a pour elle la consécration du temps et celle du législateur. Le législateur avait besoin lui-même de consacrer le principe que l'équité suffit à créer certaines obligations; car, outre les deux seuls quasi-contrats dont il s'est occupé, il en est d'autres sur lesquels il est muet, et il en peut surgir d'autres encore auxquels sa pensée n'aurait pu atteindre. « Un Code, quelque complet qu'il puisse « paraître, n'est pas plus tôt achevé, que mille questions « inattendues viennent s'offrir au magistrat; car les lois, « une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été « écrites; les hommes, au contraire, ne se reposent ja-

« mais, ils agissent toujours, et ce mouvement qui ne « s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modi- « fiés par les circonstances, produit, à chaque instant, « quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, « quelque résultat nouveau (1). » Qui pourrait dire, par exemple, quelles modifications aurait apportées aux transactions entre les négociations un télégraphe commercial, si le gouvernement n'en avait empêché l'institution?

Dira-t-on que la loi a implicitement créé les engagements qui résultent des quasi-contrats, en ordonnant au juge de juger nonobstant le silence de la loi (art. 4 C. civ.); mais c'est précisément la preuve qu'elle les suppose créées par une autre puissance que la sienne. Car, si la loi est silencieuse et que l'analogie manque, où veut-on que ce juge cherche la cause génératrice des engagements dont il est tenu, sous peine de déni de justice, d'ordonner l'exécution, si ce n'est dans l'équité naturelle, qu'on n'interroge jamais sans qu'elle réponde?

Nous ne saurions donc adopter, même en théorie spéculative, ce principe de M. Toullier, *que les engagements sans convention ne peuvent devoir leur naissance qu'à la toute-puissance de la loi;* car une fois admis, quelles en seraient les conséquences? Est-ce à dire, par exemple, que le gérant ne serait pas obligé de rendre au maître compte de sa chose, si le Code civil n'en eût parlé? Un fils serait-il moins obligé de fournir des aliments à son père dans l'indigence, si l'art. 205 ne l'avait pas dit? Non, ce n'est pas la loi qui crée ces sortes d'obligations, ou bien l'équité naturelle n'est qu'un vain mot; la loi ne fait qu'en déclarer l'existence, en garantir l'accomplisse-

(1) Discours préliminaire du Code civil par MM. Portalis, Bigot de Préameneu, Tronchet, De Malleville.

ment et quelquefois régler la mesure dans laquelle ils seront exécutés. Voilà pourquoi l'art. 1370 ne dit pas que certains engagements naissent *à l'occasion* d'un fait, mais du fait même, et nous n'admettrons pas facilement que le législateur n'ait pas conçu une idée nette de ce qu'il voulait dire, ou n'ait pas su dire ce qu'il voulait faire comprendre.

Après tout, ce système est très-conforme à la raison ; car, en résultat, de même que dans les engagements conventionnels la loi n'intervient que quand ils sont formés, et seulement, ainsi que M. Toullier le dit avec autant d'élégance que d'énergie, *comme un fidéjusseur tout-puissant,* pour en assurer l'exécution ; de même, aussitôt que l'homme touche à ce qui ne lui appartient pas, la loi accourt s'interposer entre le gérant et le maître, afin qu'ils ne puissent s'enrichir au préjudice l'un de l'autre.

85. — Il était nécessaire d'insister sur la véritable origine des quasi-contrats, parce qu'elle ne saurait être autre dans les affaires commerciales que dans les affaires civiles, et que le commerce surtout est intéressé à ce qu'il soit bien reconnu que l'équité suffit, dans certains cas, à produire des obligations exécutoires. C'est même de l'équité seule que nous pourrons obtenir la solution d'une foule de difficultés qu'aucune loi ne prévoit, quand nous en serons au titre des obligations. Si le principe n'était de droit commun, il y aurait nécessité de le créer pour le commerce. *Inter mercatores attenditur sola obligatio naturalis.* (Ansald., *De com. dec.* 34, n° 12.)

Il serait superflu d'examiner ici les critiques de M. Toullier contre l'expression de *quasi-contrat,* qu'il trouve impropre, en reprochant au Code civil de l'avoir conservée par la force de la routine, sans en indiquer lui-même aucune autre qui la puisse remplacer. Nous dirons

seulement que, puisqu'il faut bien un mot pour exprimer la chose, on ne voit pas facilement quel autre que celui de *quasi-contrat* la ferait plus clairement comprendre. C'est une ellipse qui signifie que les parties sont astreintes par un lien de droit, aussi étroitement qu'elles le seraient par une convention synallagmatique : *quasi ex contractu.... quasi si contractum consultò iniissent.*

86. — Avant de voir comment se forme notre quasi-contrat, quelques observations sont encore indispensables.

D'abord, il est de principe fondamental que l'intention de l'homme n'est comptée pour rien dans la formation des engagements sans convention. Il n'y a donc pas à considérer si, en se chargeant de l'affaire d'autrui, le gérant le fait de bonne ou de mauvaise foi, c'est-à-dire, avec ou sans intention de s'engager à en rendre compte. Réciproquement, nul besoin de s'occuper de la volonté qu'aurait pu avoir le maître, s'il eût connu l'état de son affaire, au temps de la gestion, de s'engager ou non à indemniser le gérant. Les engagements de part et d'autre naissent de la gestion même, abstraction faite de tout consentement réel, présumé ou fictif, soit du gérant, soit du propriétaire. En cela il existe entre notre droit et le droit romain, tel que Pothier l'entendait, une différence importante, dont l'explication trouvera naturellement sa place dans un instant.

Une suite de ce principe que la volonté de s'obliger n'est d'aucune considération dans les engagements dont il s'agit ici, c'est que les mineurs, les interdits, les femmes mariées non autorisées, les insensés même, en un mot toutes personnes légalement incapables, peuvent contracter, activement et passivement, les obligations qui en découlent. Car, ces sortes d'engagements ne naissant point

de la volonté de les prendre, mais d'un fait qui suffit à les produire, il est très-indifférent que ces personnes soient ou ne soient pas capables d'y consentir.

Il n'est qu'un seul cas où l'intention du gérant doive être comptée pour quelque chose : c'est celui où il aurait entendu gratifier de ses impenses le maître de l'affaire gérée, parce qu'il en résulterait, non pas un empêchement à la formation du quasi-contrat, puisqu'il n'y en aurait pas moins obligation de rendre un compte, et, par conséquent, action pour le demander, mais un obstacle à la répétition par le gérant de ce que la gestion lui aurait coûté. Toutefois, cette intention, qui ne doit pas être facilement présumée, même dans le droit civil, on doit la présumer bien plus difficilement encore dans le droit commercial, toute donation étant un acte qu'on pourrait appeler anticommercial. La qualité même de père, qui, selon les circonstances, peut suffire dans le droit civil à faire présumer l'intention de gratifier, serait, dans le commerce, insuffisante à motiver seule une pareille présomption. Cependant, comme la chose n'est pas absolument impossible, si elle est mise en évidence, il n'y aurait pas lieu à la répétition des impenses. Mais les personnes frappées d'incapacité légale peuvent toujours les répéter, quelque intention qu'on leur suppose, parce que pour donner il faut être capable d'un consentement valable.

87. — Maintenant trois choses, dans le droit civil, sont de l'essence du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et deux de plus dans le droit commercial.

Dans l'un et l'autre droit il faut :

1° Qu'il préexiste à la gestion une affaire qui en puisse être la matière ;

2° Que le fait de la gestion soit un fait licite;

3° Que ce fait soit purement volontaire de la part de son auteur.

Il faut, en outre, dans le droit commercial ;

4° Que l'affaire gérée soit une affaire de commerce ;

5° Que la gestion en soit faite à l'insu du propriétaire.

Nous n'ajoutons pas, avec Pothier, qu'il faut deux personnes, étant évident que celui qui ne gère que sa propre affaire, ne peut être le *negotiorum gestor* de qui que ce soit.

88. — Nous disons, en premier lieu, qu'il faut qu'il préexiste à la gestion une affaire qui en puisse être la matière.

Tous les jours, on entend dire indifféremment, au barreau même comme ailleurs : *C'est votre affaire qu'il a faite; c'est pour vous qu'il a fait telle affaire; c'est votre negotiorum gestor;* et, puisqu'on lit l'un et l'autre écrits dans un même sens par Pothier, M. Merlin, M. Toullier, etc., comment s'étonner si celui qui parle de la sorte croit s'expliquer clairement et être compris de tout le monde ? Cependant il n'en est pas moins vrai que les deux locutions sont loin d'exprimer une même chose.

*Faire l'affaire d'autrui*, c'est *gérer* (1372), *administrer* (1375), sans mandat, une affaire dont un autre est déjà propriétaire, comme si je faisais travailler à votre maison qui a besoin de réparations urgentes, ou donner un radoub à votre navire endommagé par la tempête, afin de le mettre en état de reprendre son voyage.

*Faire une affaire pour autrui*, c'est lorsque, aussi sans mandat, vous faites pour moi quelque affaire, laquelle n'accède pas naturellement à une autre affaire dont je suis déjà le maître, ou qui n'en est pas la continuation ou une conséquence; comme si vous débutiez par me faire

construire un hôtel, ou par faire acheter pour moi en bourse 25,000 fr. d'effets cotés.

On voit tout de suite que ces deux agents ne sont pas de même espèce, et l'on sent bien aussi qu'ils ne peuvent être régis par les mêmes principes ; et pourtant l'un et l'autre ne sont désignés, en jurisprudence, que par une même dénomination, celle de *negotiorum gestor*. Pothier n'appelle pas autrement celui qui a entrepris pour quelqu'un un commerce que ce dernier n'avait pas coutume de faire ; puis il ajoute : « S'il n'a pas réussi dans ce commerce, et qu'il y ait de la perte, n'ayant pas approuvé « ce commerce qu'il faisait pour moi, je pourrai le lui « laisser pour son compte. »

Voilà bien, dans toute la clarté possible, cet agent *qui fait une affaire pour autrui*, et auquel est nécessaire l'approbation de celui pour qui il l'a faite. Mais *celui qui fait mon affaire*, c'est-à-dire qui gère quelque affaire m'appartenant déjà quand il a commencé la gestion dans laquelle il se renferme, n a pas besoin d'être approuvé par moi ; il l'est *à priori* par la loi (art. 1375 C. civ.) pour tout ce qui est de bonne administration, sauf l'indemnité qu'il me devra, s'il a mal administré en quelque point. Il semble donc, vu cette disparité qui est considérable, que cet agent et ce gérant ne devraient pas être appelés de la même manière ; car l'emploi d'un même mot à l'expression de deux choses si différentes, a l'alternatif inconvénient de jeter dans l'esprit une confusion qui peut induire en erreur, ou de forcer au retour fastidieux de périphrases explicatives de la distinction qu'on veut faire comprendre. Nous appellerons donc *negotiorum susceptor* (1)

(1) « *Suscipere negotium* signifie entreprendre une affaire. Il signifie « aussi prendre sur soi une affaire : *capere super* » (Dict. de Noël).

celui qui prend sur lui de faire pour quelqu'un, qui ne l'en a pas chargé, une affaire toute nouvelle, laquelle ne peut jamais engager que lui-même, si on ne l'approuve pas, afin de le différencier, par un seul mot, du *negotiorum gestor*, qui, gérant, comme son titre l'exprime, une affaire préexistante à sa gestion, serait inutilement désapprouvé dans les actes de bonne administration qui s'y rapportent.

La distinction est très-judicieusement faite dans un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 21 juillet 1827. Un père qui s'était rendu adjudicataire d'un immeuble pour deux de ses fils majeurs, absents, mourut avant la ratification de ceux-ci, en sorte que le concours de leur volonté avec celle du père n'était plus possible. Question de savoir si l'immeuble devait être partagé dans la succession, ou s'il appartenait exclusivement aux deux fils qui s'en prétendaient propriétaires, parce que, disaient-ils, le père, en l'achetant pour eux, avait fait leur affaire, s'était porté leur *negotiorum gestor*. C'est textuellement ainsi qu'ils se défendaient. Mais leur prétention fut écartée et devait l'être. « Attendu, en droit, porte l'arrêt, que ce « quasi-contrat (celui *negotiorum gestorum*) ne saurait « exister sans une affaire qui soit la matière de la gestion, « et que, dans l'espèce, il est évident que la déclaration « que le père fit en faveur de ses deux fils, lors de l'ad- « judication, n'était point la conséquence d'une affaire « commencée qui pût être l'objet de son intervention. »

Dans cette espèce, le père avait évidemment fait l'office d'un *negotiorum susceptor;* s'il eût vécu, et que ses

C'est, dans toute l'exactitude possible, ce que fait le plus souvent celui que nous appellerons *negotiorum susceptor*. Ce n'est pas que nous prétendions qu'en ce sens *susceptor* soit bien latin ; nous l'employons seulement comme terme de convention.

deux fils eussent refusé de l'approuver, l'arrêt aurait laissé à son compte l'affaire qu'il avait pris sur lui de faire pour ses deux fils, dont il n'était point le mandataire.

Le principe est donc qu'il ne peut y avoir de *negotiorum gestor*, sans une affaire préexistante à la gestion commencée.

89. — Mais il n'est pas nécessaire qu'elle appartienne en totalité à celui pour qui on agit; il suffit qu'il en soit en partie propriétaire. Si donc, sans votre mandat, je fais réparer un édifice qui nous appartient en indivis, ou si, spontanément, vous vendez, soignez ou échangez des marchandises dont nous sommes copropriétaires, le quasi-contrat se forme pour la part qui vous appartient dans l'édifice, ou pour celle que j'ai dans les marchandises.

On peut même être *negotiorum gestor* de quelqu'un qui n'est propriétaire d'aucune partie de l'affaire gérée; il suffit qu'il en soit chargé par le mandat d'un autre, ou qu'il s'en soit chargé sans mandat, parce que, dans ce double cas, il a intérêt à ce que cette affaire soit faite, et que, par conséquent, elle devient ainsi indirectement son affaire. Si donc, lorsque je suis commissionné par Jacques pour lui acheter dix tonneaux de vin de la Comète, annoncés vendables chez M. Marçais, ou quand j'ai commencé de réparer son navire échoué, vous achetez pour lui les dix tonneaux, ou vous achevez la réparation, vous devenez mon *negotiorum gestor*, et tout à la fois celui de Jacques : le mien, parce que Jacques pouvait me demander des dommages-intérêts, en cas que les vins n'eussent pas été achetés pour lui, selon son ordre, ou que la réparation de son navire que j'avais commencée n'eût pas été conduite à fin; et celui de Jacques, pour le navire,

parce que c'était sa chose ; pour les vins, parce que, bien qu'ils ne lui appartinssent pas avant l'achat que vous en avez fait pour lui, l'ordre qu'il m'avait donné de les acheter était une affaire qui lui appartenait.

Que si votre gestion eût été d'affaires appartenant à plusieurs maîtres *singulatim*, vous seriez le *negotiorum gestor* de chacun d'eux pour chacune de ces affaires ; ou, si elles appartenaient à plusieurs maîtres associés en nom collectif, le *negotiorum gestor* de la société seulement.

90. — Par suite du même principe qu'il suffit, pour être réputé maître, d'avoir intérêt à ce que l'affaire soit faite, si je m'ingérais dans le soin de marchandises sur lesquelles vous avez un privilége, ou qui vous ont été remises en nantissement, je deviendrais, à mon tour, doublement *negotiorum gestor* : celui du maître, parce que les choses affectées au privilége ou objet du nantissement, ne cessant pas pour cela de lui appartenir, étaient du nombre de ses affaires ; et le vôtre, parce que le privilége vous donnant un intérêt aux marchandises, *jus in re*, était une affaire qui vous appartenait ; et que l'obligation de rendre le gage, afin d'être payé et d'éviter une demande de dommages-intérêts, est une affaire qui vous concerne également.

Mais, pour que l'intérêt de celui qui n'est pas le maître puisse devenir la matière du quasi-contrat, il faut que ce soit un intérêt résultant d'un droit actuel et spécial sur l'affaire ; par exemple, en m'ingérant dans le soin des marchandises ou du navire de Jacques, je ne suis pas le *negotiorum gestor* de tous ses créanciers indistinctement, mais seulement de ceux d'entre eux qui, avant la gestion finie, ont acquis quelque droit de préférence sur les choses gérées, comme le fournisseur des bordages pour le na-

vire, ou le voiturier des marchandises. Il est vrai que les autres créanciers ont bien aussi intérêt aux choses de leur débiteur (art. 2092 C. civ.) ; mais ce n'est pas un intérêt *privati juris*, comme dans l'espèce précédente ; c'est un intérêt éloigné, qui, s'étendant généralement sur toutes les choses du débiteur commun, n'en affecte spécialement aucune. Je ne pourrais donc pas réclamer contre eux mes frais de gestion, ni eux m'en demander compte de leur chef ; ils ne le peuvent que du chef de Jacques, dont je suis le *negotiorum gestor* (art. 1166 C. civ.).

91. — Enfin, il est certain que le quasi-contrat se forme et qu'on ne peut même agir que comme *negotiorum gestor*, pour tout ce que l'on fait au delà des pouvoirs reçus; encore faut-il que ce qui est ainsi fait ait un rapport tellement naturel avec l'affaire qui est la matière du mandat, qu'on ne puisse pas dire que ce sont deux affaires. Ainsi, par exemple, lorsque, commissionné par vous pour faire seulement repeindre votre navire, je le fais aussi doubler en cuivre, je reste commissionnaire pour ce qui regarde la peinture, et deviens *negotiorum gestor* pour ce qui concerne le doublage ; car ce doublage accède à votre navire, lequel, vous appartenant déjà, était une affaire qui pouvait devenir la matière du quasi-contrat ; mais si, ayant géré, avec ou sans mandat, mon commerce d'épiceries, vous en employez les fonds dans un commerce de draps que je n'avais pas coutume de faire, comme dit Pothier, vous devenez *negotiorum susceptor;* car ce commerce de draps ne m'ayant jamais appartenu, il ne pouvait être entre vous et moi la matière d'aucun quasi-contrat. On ne peut donc pas dire *que vous avez fait mon affaire*, mais seulement *que vous avez fait*

*une affaire pour moi*, qui suis libre de la répudier ou de l'accepter, que vous l'ayez bien ou mal administrée.

La même distinction a lieu lorsqu'on gère par suite d'un mandat révoqué ou d'un mandat nul, soit pour défaut de consentement mutuel, soit par l'incapacité de celui qui l'a donné ou de celui qui l'a accepté, soit pour toute autre cause de nature à rendre nul un engagement consensuel. Dans tous ces cas, le quasi-contrat se forme ou ne se forme pas, et celui qui agit est *negotiorum gestor* ou *negotiorum susceptor*, selon que l'affaire faite est ou n'est pas un acte d'administration de l'affaire qui appartient déjà à quelque autre.

92. — *En second lieu*, il est aussi de l'essence de notre quasi-contrat que le fait de la gestion soit licite, c'est-à-dire du nombre de ceux que la loi ne défend pas. Ce sont ceux que les interprètes du droit romain appellent *facta honesta*. M. Duranton a donc raison de dire (t. 13, n° 630) que, pour compléter la définition donnée par l'article 1371, il fallait joindre au mot *faits* le mot *licites*, afin de les distinguer des délits et quasi-délits, qui, ajoute-t-il, *sont aussi des faits volontaires de l'homme, dont il résulte une obligation envers quelqu'un.* C'est une inexactitude échappée à l'attention du docte professeur; car il est un très-grand nombre de quasi-délits qui, non-seulement ne sont pas l'effet de la volonté de celui qui en porte la responsabilité légale, mais qui ne sont même pas l'effet de la volonté de leur auteur dont il répond. Par exemple, un instituteur est responsable du dommage causé par son élève, qui lui-même n'avait peut-être pas la volonté de le causer. Presque tout l'art. 1384 du Code civil ne s'occupe que de faits de cette espèce, qui sont qualifiés quasi-délits.

Mais, pour distinguer les quasi-délits des faits licites, qui peuvent seuls devenir la matière du quasi-contrat, il faut considérer le fait dans son origine même : *initium spectandum est;* car on peut licitement entreprendre une gestion, et commettre un quasi-délit dans le cours de cette gestion, sans cesser pour cela d'être *negotiorum gestor.*

Par exemple, si quelqu'un qui s'est introduit ou à qui j'ai permis d'entrer dans mes celliers, met de l'eau dans mes vins, soit par malice, soit par imprudence, ou, si l'on veut, croyant même me rendre service, c'est un quasi-délit; s'il y introduit quelque substance nuisible à la santé, c'est un délit. Aucun de ces faits ni leurs analogies ne peuvent être la matière d'un quasi-contrat.

Mais, si, après vous être volontairement chargé de l'administration de ces mêmes vins, vous y mélangez de l'eau, en sorte que mes provisionnaires mécontents m'ont abandonné pour se pourvoir ailleurs, ou si vous en vendez en fraude des droits de la ville ou du gouvernement, ce qui me fait condamner à des amendes, le quasi-délit ou le délit que vous aurez commis incidemment à votre administration, n'empêchera pas que vous ne soyez mon *negotiorum gestor*; il en résultera seulement que vous devrez vous débiter dans votre compte, ou que je vous y ferai débiter par le juge, de l'importance du préjudice que vous m'avez causé.

M. Pardessus (t. 2, n° 562) donne pour exemple d'un quasi-contrat *neg. gest.* le fait de celui qui annonce à un négociant avoir retiré de la douane certaines marchandises de celui-ci, tandis qu'il n'en a rien fait, et que, par suite, les marchandises ont été confisquées. Le fait d'avoir écrit ainsi ne constitue aucun quasi-contrat, car rien n'a été géré : c'est un quasi-délit, c'est-à-dire un fait préjudiciable au propriétaire, pourvu toutefois que, lorsqu'il a

reçu la lettre, il fût encore en temps utile pour donner à quelqu'un l'ordre de retirer ses marchandises. Il aura donc action contre le correspondant dont le fait l'a induit en une fausse sécurité; mais ce sera l'action *quasi ex maleficio*, et non pas l'action *negotiorum gestorum*.

93. — *En troisième lieu*, il est de l'essence du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, que le fait de la gestion soit purement volontaire de la part de son auteur. Mais que faut-il entendre par ces mots : *les faits purement volontaires*, employés dans l'art. 1371 ? C'est ce qui peut offrir quelque difficulté.

M. Toullier enseigne (t. 11, n° 28) que le mot *volontairement* n'a été inséré dans l'art. 1372 que pour marquer la différence qui existe entre les obligations résultant de l'autorité seule de la loi, et celles que la loi fait, suivant lui, naître à l'occasion d'un fait volontaire de l'homme. « Ce mot *volontairement*, continue-t-il, n'est « donc mis ici que pour indiquer la différence entre les « engagements des tuteurs, qui sont involontaires, parce « qu'ils résultent de la loi seule, et les engagements du « *negotiorum gestor*, qui sont volontaires, en ce sens « qu'ils ne peuvent être contraints de gérer l'affaire. »

Selon M. Duranton (*ubi sup.*), ces mots : *des faits purement volontaires de l'homme*, se trouvent dans l'art. 1371, « afin de distinguer les quasi-contrats des contrats, qui ne « sont pas considérés comme des faits, mais comme des « conventions. »

Suivant nous, tel n'a pas dû être le motif du législateur ; car son but était de donner une définition du quasi-contrat *neg. gest.*, et ce n'eût pas été le définir que de dire : ce n'est pas un contrat ; voilà pourtant à quoi se réduit l'explication de M. Duranton.

Quant à celle de M. Toullier, elle nous paraît trop restreinte. Sans nul doute, les tuteurs et autres administrateurs ne sont pas plus *negotiorum gestores*, que n'est *negotiorum gestor* l'assuré qui, en cas de naufrage ou d'échouement avec bris, fait travailler au recouvrement des effets naufragés (381 C. comm.), parce que les uns et les autres ne font qu'exécuter un commandement de la loi ; mais nous pensons que le mot *volontairement* de l'art. 1372 doit s'interpréter par l'article précédent, et être pris dans une acception plus large que celle qui lui est donnée par M. Toullier. Ainsi, par exemple, un négociant commis par ordonnance du juge à l'effet d'emmagasiner et soigner des marchandises laissées pour compte, ou dont le propriétaire n'est pas connu, agit volontairement, en ce sens qu'aucune loi ne l'oblige à se charger de la gestion commise; mais il ne le fait pas *proprio motu*, ce n'est pas de sa *pure* volonté, comme le veut l'art. 1371 ; il serait trop injuste d'exiger d'un tel gérant qu'il prouvât l'utilité du fait même de la gestion au moment où elle a commencé.

Mais si quelqu'un était forcé, par la violence d'autrui, à gérer l'affaire d'un tiers, comme si, *v. g.*, me trouvant en mer, un équipage en révolte me contraignait, par des menaces de mort, à lui distribuer de vos marchandises à moitié prix de leur valeur, serait-ce le cas du *negotiorum gestor?*

On peut dire, d'une part, qu'une volonté contrainte est cependant une volonté ; *voluntas coacta, tamen est voluntas;* et, en prenant l'adverbe *volontairement* dans le sens étroit que lui donne M. Toullier, peut-être ne serait-il pas facile de décliner la conséquence qu'il y a ici quasi-contrat, puisque mon fait ne m'était commandé par aucune loi.

Mais toute difficulté cesse, ce nous semble, si on se re-

porte à l'art. 1372 ; car l'option ne m'ayant été laissée qu'entre deux choses également contraires à ma volonté, si on peut dire, rigoureusement parlant, que j'en ai eu une, du moins n'est-il pas possible d'admettre que j'en aie eu une *purement* volontaire : et il serait plus injuste encore que dans le cas précédent, de me rendre responsable d'un fait qui me répugnait et dont je suis bien moins l'auteur que l'équipage qui m'y a contraint. Il ne faudrait pas ajouter que la violence, de quelque part qu'elle vienne, suffisant à faire annuler un contrat, doit suffire à annuler un quasi-contrat. Il n'y a pas de parité ; car les quasi-contrats sont des faits que nulle puissance ne saurait rescinder ni abolir comme une convention, qui n'est pas le fait même qu'elle est destinée à produire. Les quasi-contrats se forment validement ou ne se forment pas du tout ; il ne peut jamais être question de les rescinder ni de les annuler.

Mais la décision ne doit plus être la même quand, par le dol d'un tiers, je me charge de gérer l'affaire d'un autre. Par exemple, des marchandises étant abandonnées sur le rivage où elles risquent d'être pillées, vous me dites, pour me déterminer à en prendre soin, ce que je ne voulais pas faire, que ces marchandises sont celles de mon ami *Chauchard*, à qui elles n'appartiennent cependant pas. Le soin que j'en prends n'en est pas moins un fait constitutif d'un quasi-contrat entre moi et leur véritable propriétaire ; car, alors même que le motif faux qui m'a déterminé eût été vrai, rien ne m'empêchait de m'abstenir. Je n'ai pas été forcé, comme dans l'espèce précédente, de n'opter qu'entre deux choses dont aucune n'était conforme à ma volonté, puisque le fait de la gestion n'y répugnait pas en lui-même ; j'ai seulement été induit dans une erreur qui n'empêche pas plus la formation du quasi-contrat, qu'elle ne vicierait, *v. g.*, un contrat

de vente. Il est donc vrai de dire que j'ai conservé mon libre arbitre; par conséquent, que mon fait a été purement volontaire. Mais le juge aura égard aux circonstances (art. 1374 C. civ.); de plus, si, en résultat, ma gestion me cause quelque préjudice qui ne vienne pas de ma faute, une action m'est ouverte contre vous qui, en me trompant, avez commis envers moi un quasi-délit.

94. — *En quatrième lieu*, il faut, dans le droit commercial, que la matière de la gestion soit une affaire de commerce. Ce n'est pas que le quasi-contrat civil ne puisse intervenir entre commerçants comme entre toutes autres personnes; mais ce ne sont plus alors ni les mêmes règles de compétence, ni les mêmes voies d'exécution, ni bien souvent les mêmes principes sur le fond de la contestation. Ainsi, par exemple, un commerçant qui fait réparer les édifices d'un autre commerçant, fussent-ils ceux dans lesquels l'un ou l'autre a une fabrique de draps ou autres marchandises, ne se constitue point, par là, gérant d'une affaire commerciale; au contraire, si, de deux personnes dont aucune n'est dans le commerce, l'une fournit pour l'autre, qui ne l'en a pas priée, son aval sur une lettre de change, ou fait réparer un navire qui lui est échu par succession, c'est une gestion commerciale tout aussi bien que si le gérant et le maître eussent été négociants.

95. — *Cinquièmement enfin*, dans le droit commercial, il faut que l'affaire soit gérée à l'insu du propriétaire; sans cela, ce serait, comme on l'a vu n° 47, le cas du mandat tacite que le Code civil a aboli, mais qui n'en continue pas moins de subsister dans le commerce. Cette différence est à considérer, non-seulement par rapport aux créanciers du gérant et du maître, si ces derniers font faillite

ou l'un d'eux, mais encore par rapport réciproque au maître et au gérant eux-mêmes; car, par exemple, si la loi dit (art. 1372 C. civ.) que *le gérant se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire*, elle ne dit pas que celui-ci est soumis à toutes les obligations qui résulteraient d'un tel mandat qu'il aurait donné, et, puisqu'elle ne le dit pas, c'est qu'elle a eu des motifs pour ne pas le dire. Mais ce n'est pas ici le lieu d'en parler: il en sera traité ailleurs.

96. — D'après les explications qu'on vient de lire, nous croyons qu'on peut définir ainsi notre quasi-contrat :
« Le quasi-contrat de gestion d'affaires commerciales « est le fait purement volontaire de quiconque gère une « affaire de commerce à l'insu de son propriétaire. »

Nous ne faisons pas entrer dans notre définition les engagements du maître et du gérant, parce que ce ne sont pas ces engagements qui constituent le quasi-contrat; ils en sont seulement des conséquences.

97. — Mais du moment où nous posons en principe qu'il est de l'essence du quasi-contrat que l'affaire soit gérée à l'insu du propriétaire, *quid juris*, si quelqu'un gère la mienne contre ma défense expresse? Il n'est point mandataire, car on ne saurait concevoir une négation plus absolue de tout mandat que la défense de gérer; pas davantage *negotiorum susceptor*, parce qu'il s'agit d'une affaire qui m'appartenait dès avant la gestion commencée; enfin, il ne semble pas non plus pouvoir être *negotiorum gestor* commercial, puisque l'espèce suppose que je connais la gestion, ce qui est le cas du mandat tacite dans le droit commercial, sans que cette connaissance empêche le quasi-contrat de se former dans le droit civil; et c'est

de cette connaissance que provient, au fond, toute la différence entre l'un et l'autre droit, car, par ailleurs, la question est la même. Qu'est donc un tel agent par rapport à moi? Est-il mon *negotiorum gestor* ou ne l'est-il point? S'il a bien administré, a-t-il ou n'a-t-il pas droit à la répétition de ses impenses?

La sagacité des jurisconsultes romains s'est longtemps exercée sur cette question. Les uns soutenaient, contre l'opinion des autres, que celui qui avait géré une affaire malgré la défense du maître, n'en pouvait pas moins répéter ses impenses; mais était-ce par l'action *negotiorum gestorum*, ou simplement par une action *utile*, *actio in factum*, fondée sur la seule équité? Voilà sur quoi ils ne pouvaient s'accorder; et toutes ces controverses s'agitaient encore lorsque Justinien décida qu'un tel gérant n'avait d'action d'aucune espèce, *licèt res benè ab eo gestæ sint.* (L. 24, D. 2, 19, *De neg. gest.*)

Pothier (1) rejette cette décision dans ce qu'elle a de plus important, le recouvrement des impenses. Suivant lui, elle résiste à l'équité: *neminem æquum est*, dit-il, *cum detrimento alterius locupletari.* « Or, continue l'auteur, lorsque vous profitez d'une affaire que j'ai faite, « quoique contre votre défense, pour vous faire du bien « malgré vous, l'équité naturelle, qui ne permet pas de « s'enrichir au détriment d'autrui, vous oblige à m'indemniser de ce qu'il m'en a coûté, jusqu'à concurrence « du profit que vous en retirerez. C'est l'avis d'Automne « sur la loi fin. C. *De neg. gest.*, qui dit que la décision « de cette loi n'a pas lieu dans nos mœurs. »

Mais, par cela même que Pothier se range du côté de l'équité, il adopte pleinement la loi romaine, en ce que,

(1) *Neg. gest.*, sect. 1, art. 2, § 2.

dans le cas proposé, elle interdit au gérant l'action directe. « La raison de Justinien (dit-il, *ubi sup.*) est tirée « de la nature du quasi-contrat *negotiorum gestorum.* « Ce quasi-contrat imite le contrat de mandat ; il en est « une ressemblance ; car la gestion qui est faite de l'af- « faire de quelqu'un, qui avait intérêt qu'elle fût faite à « son insu, est faite à la vérité sans un mandat formel ; « *mais on y suppose une espèce de mandat fictif et pré- « somptif,* y ayant présomption que celui dont on a fait « l'affaire à son insu, aurait donné l'ordre de la faire, s'il « l'eût su, puisqu'il était de son intérêt qu'elle fût faite. « Cette espèce de mandat fictif ou présomptif de celui « dont on fait l'affaire, qui fait le fondement du quasi-con- « trat *negotiorum gestorum*, ne peut pas se supposer contre « sa défense formelle, et par conséquent une telle gestion « ne peut former le quasi-contrat *negotiorum gestorum.* »

M. Toullier (1), à l'aide de l'érudition et de la logique nerveuse que chacun lui connaît, embrasse chaudement la défense de la loi de Justinien, dont il fait tout d'abord remarquer la conformité avec l'opinion d'Ulpien, de Paul, de Pomponius et de Julien, qualifié par Justinien lui-même, *omnium conditorum juris qui olim fuerunt prudentissimus.* Suivant M. Toullier, Pothier, séduit par une fausse lueur d'équité, se trompe avec le glossateur Martin et quelques auteurs du même sentiment. Sa décision, dit-il, n'est conforme ni au droit romain ni même à l'équité, sur lesquels il essaye de l'appuyer; au droit romain, car la loi 206, D., *De reg. j.*, en déclarant qu'il est contre le droit naturel de s'enrichir aux dépens d'autrui (2), exige, pour son applicabilité, deux conditions qui manquent ici :

(1) T. 11, n° 55.

(2) Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuriâ fieri locupletiorem. L. 206, D. *De reg. j.*

*préjudice* et *injustice* : or, point de préjudice, parce que celui qui n'en éprouve que par sa faute n'est pas censé en éprouver (1); à l'équité, car il n'y a rien que de très-juste à refuser toute indemnité au gérant qui s'immisce dans les affaires d'autrui contre sa défense; en général, c'est une faute (2); dans l'espèce proposée, c'en est une inexcusable. Si ce gérant éprouve quelque perte, c'est qu'il l'a voulu; il ne peut donc s'en plaindre.

Après avoir développé cette théorie dont on ne donne ici que le résumé, M. Toullier continue ainsi :

« Mais, dites-vous, ce que vous avez fait m'est utile ; « je ne puis m'enrichir à vos dépens. Je vous ai déjà dit » que vous ne pouvez vous en plaindre; j'ajoute que vous « n'avez pu raisonnablement avoir d'autre intention, *si ce « n'est de me gratifier en faisant pour moi une dépense « que je vous avais défendu de faire.*

« C'est ainsi que celui qui, sachant ne pas devoir une « somme, me la paye en pleine connaissance de cause, « ne peut me la répéter quand même il aurait eu, inté- « rieurement, l'intention de le faire, parce qu'il est censé « m'en avoir fait don, suivant la règle admise par le « Code : *Cujus per errorem dati repetitio est, ejusdem « consultò dati donatio est.* L. 53, D., *De reg. j.* »

Enfin, allant au-devant d'une objection tirée de ce que le possesseur de mauvaise foi, *prædo*, qui fait des dépenses utiles sur le fonds d'autrui, peut les répéter quoiqu'il doive s'en imputer la faute, M. Toullier répond : « Le « possesseur de mauvaise foi *n'a pas l'intention* de gérer « l'affaire d'autrui, mais la sienne propre. Il serait ab-

(1) Quod quis ex culpâ suâ damnum sentit non intelligitur damnum sentire. L. 203, D., *De reg. j.*

(2) Culpa est se immiscere rei ad se non pertinenti. L. 36, D., *De reg. j.*

« surde de lui supposer *l'intention de gratifier* le pro-
« priétaire qu'il cherche frauduleusement à dépouiller...
« Au contraire, celui qui gère l'affaire d'autrui contre la
« défense expresse et spéciale du maître, n'a pas l'inten-
« tion de gérer sa propre affaire ; il ne peut donc avoir
« d'autre intention qu'il puisse honnêtement avouer, que
« celle de gratifier le propriétaire. »

En résultat, sans s'occuper plus que Pothier de la qualification à donner à l'agent dont il parle, M. Toullier trouve la décision de Justinien *conforme à la justice et aux principes du droit.*

A coup sûr, nous sommes les premiers à le reconnaître : *non nostrum tantas componere lites*. En voyant deux aussi grands jurisconsultes divisés d'opinion, nous voudrions pouvoir dire : *lectoris erit judicium.* Mais la tâche que nous nous sommes imposée ne nous le permet pas ; et, puisqu'il faut émettre notre avis, le voici en toute humilité.

98. — La question se divise ainsi :

1° Celui qui gère contre la défense du maître, est-il ou non *negotiorum gestor?*

2° Quelle influence peut avoir la défense de gérer sur la répétition des impenses ?

Sur la première question, nous pensons que la doctrine de Pothier est aujourd'hui sans application.

Sur la seconde, la seule qu'ait traitée M. Toullier, et la seule qu'il dût traiter dans son système, l'avis de Pothier nous paraît préférable.

Pour commencer par Pothier, nous dirons d'abord que l'état de la première question n'est plus le même que de son temps et de celui de Justinien, parce qu'on admettait alors le mandat tacite, que notre droit civil ne reconnaît plus.

Cette première différence en entraîne une autre : on n'aurait pas connu à Rome un *negotiorum gestor* agissant au vu et su du propriétaire qui ne s'y opposait pas ; c'était le cas du mandat tacite *per patientiam ;* maintenant, toujours dans le droit civil, c'est le cas de la gestion d'affaires, tout aussi bien que si elle avait eu lieu à l'insu du maître. Il est sensible que Pothier ne pouvait raisonner d'après ces disparités législatives, qui n'existaient point. En voici une autre :

Pothier écrivait sous l'influence du droit romain tel qu'on l'interprétait alors. La loi française n'ayant encore rien statué touchant les *quasi contrats*, il n'y avait pas un art. 1370 du Code civil consacrant *des engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.* Toutes les obligations desquelles on pouvait être tenu en vertu d'un quasi-contrat, étaient considérées comme le produit de la volonté de ceux qui les subissaient, non pas, il est vrai, d'une volonté connue, puisqu'elle n'avait pas été émise, mais d'une volonté *fictive* et *présumée ;* on supposait que, s'ils eussent eu à l'exprimer avant le fait duquel, en réalité, naissaient leurs engagements, elle aurait été conforme à ce que l'équité prescrit. Puis, comme chaque action devait porter une dénomination qui lui était propre, et qui se tirait soit de la nature de l'engagement, soit de l'espèce du contrat, dont le quasi-contrat était regardé comme une image, on procédait par voie d'assimilation, et l'on aurait dit, *v. g.* : Si *Titius*, absent, avait su que sa maison menaçait ruine, il aurait donné à son voisin *Mævius* mandat de la réparer. Cependant, comme Mævius n'a pas reçu ce mandat, on ne saurait dire qu'il est mandataire, et lui accorder l'action *ex mandato ;* mais puisqu'il a réparé la maison, et que Titius n'eût pas manqué de lui en donner le pouvoir s'il eût connu l'état des choses,

vu que c'était son intérêt, Mævius est *negotiorum gestor*, et il agira *quasi ex contractu*.

Toute fautive qu'est cette théorie alambiquée, on semble peu en droit de reprocher à Pothier de l'avoir suivie, s'il est vrai que ce soit celle de Justinien lui-même, dont on invoque la loi contre l'opinion du célèbre jurisconsulte.

Mais si Pothier avait eu sous les yeux notre Code civil, nous croyons d'évidence que, laissant de côté les fictions (1), les présomptions et les assimilations où s'embarrassaient l'auteur et les interprètes de la loi romaine, il se fût dit tout simplement : *Mævius* est *negotiorum gestor*, car il est de fait qu'il a géré l'affaire de *Titius* volontairement et sans mandat. Que ce soit à l'insu ou à la connaissance de celui-ci, il n'importe : *Mævius* doit un compte (1372), et *Titius* l'indemnité (1375 C. civ.); *cæterùm*, chacun d'eux donnera à son action le nom qu'il voudra.

Par la même raison, dans l'espèce de celui qui a géré contre la défense du maître, Pothier n'aurait pas fait ce raisonnement *à contrario* sur lequel il se fonde : « Puisque « *Titius* avait défendu à *Mævius* de gérer son affaire, on « ne peut pas supposer qu'il lui ait donné mandat de la « gérer. Or, cette supposition étant impossible, il l'est « aussi de considérer *Mævius* comme *negotiorum gestor*, « étant absurde d'assimiler sa gestion prohibée à un con« trat de mandat qui n'a pu avoir d'existence même hy« pothétique. *Mævius* n'aura donc que l'action préto« rienne, restreinte encore à ce dont Titius a profité. »

Mais, nous l'avons déjà dit, il n'eût pas été possible de raisonner de la sorte par rapport à celui qui aurait géré

(1) Nous ne prétendons pas que le droit romain autorise ces fictions, ces présomptions, etc... Nous raisonnons dans le sens que Pothier et la plupart des interprètes donnaient à ce droit. (V. *infra*).

*en la présence* ou *à la connaissance* du maître ; c'était, nous le répétons aussi, le cas du mandat tacite ; le gérant qui aurait géré au su du propriétaire, malgré sa défense, n'aurait donc pu être assimilé à un mandataire, rien n'étant plus exclusif du mandat de gérer, que la défense de le faire. Par conséquent, tout ce que Pothier pouvait faire pour un tel agent, c'était de lui accorder l'action *in factum*. Or, n'est-il pas remarquable que c'est, *en toutes lettres*, l'action qu'autorisent l'art. 1372, et, par réciprocité, l'art. 1375 du Code civil que Pothier devinait, et dont il est effectivement le premier fondateur.

Qu'aurait donc fait ce jurisconsulte, s'il eût écrit sous la nouvelle législation? Abordant franchement la question, il se fût demandé : Quand je gère l'affaire d'autrui malgré sa défense, suis-je ou ne suis-je pas son *negotiorum gestor ?* Et nous n'hésitons pas à croire que, libre des subtilités sur lesquelles son explication repose, il eût répondu affirmativement.

En effet, toute prohibée qu'on la suppose, cette gestion n'en sera pas moins un fait consommé, que nulle puissance ne saurait abolir. Or sa conséquence nécessaire est de produire des engagements réciproques ; car, la formation du quasi-contrat étant indépendante du consentement de ceux qu'il oblige, que peut importer le refus de consentir, ou, ce qui est la même chose, la prohibition qui exprime ce refus? Aussi point de distinction, dans le Code, entre la gestion soufferte, la gestion défendue et la gestion ignorée, qui n'implique ni défense ni tolérance. Tout ce que la loi exige, c'est un fait purement volontaire; et, dans l'espèce, il l'est plus éminemment que dans aucune autre. Par conséquent, celui qui gère contre la défense du maître, est tout aussi bien *negotiorum gestor*, que si sa gestion était inconnue ou tolérée; c'est même,

croyons-nous, la seule manière dont il soit possible de le qualifier intelligiblement.

99. — Maintenant, parce qu'il a géré contre la défense du propriétaire, doit-il être privé de la répétition de ses impenses? Telle est notre seconde question, sur laquelle on connaît déjà le sentiment de Pothier. Il reste à examiner celui de M. Toullier.

Qu'en général ce soit une imprudence de s'immiscer dans les affaires d'autrui, et une faute de s'y immiscer contre sa défense, nous l'admettons sans difficulté. Mais quel est, en droit, l'effet de cette faute, non suivant la loi de Justinien, qui ne nous astreint pas, mais selon la loi française qui nous régit; et tout d'abord, de quelle nature est-elle?

Ce n'est ni un crime, ni un délit, ni une contravention de police. Ce serait un quasi-délit, s'il y avait dommage; mais l'espèce proposée n'en suppose pas. C'est donc ailleurs que dans ces quatre catégories des faits préjudiciables de l'homme, qu'il faut chercher la raison de décider. Or, sur quoi se fonde M. Toullier? Sur des déductions du droit romain et sur la présomption d'un don que le gérant aurait fait au maître.

Nous répondons, premièrement, que le Code civil, qui règle la matière des quasi-contrats, ne dit nulle part que le gérant qui gère contre la défense du propriétaire, perdra ses impenses; nous ajoutons que ces impenses sont sa propriété, et que, chez nous, nul ne peut être privé de la sienne qu'en vertu d'une loi explicite ou interprétée. M. Toullier n'en cite aucune : il ne le pouvait; l'absence de tout préjudice y mettait obstacle.

En second lieu, à la loi de Justinien, Pothier en oppose une autre, à laquelle nous donnons comme lui la préfé-

rence, parce qu'elle est la sanction civile du droit naturel : *nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui*. A la vérité, M. Toullier la tient pour inapplicable en disant que, si le gérant souffre, c'est l'effet de sa faute et non d'aucune injustice dont il puisse se plaindre ; mais c'est décider la question par la question, car on ne comprend pas comment une faute qui ne préjudicie à personne aurait, en droit, l'effet de dépouiller quelqu'un de sa propriété. Aussi, M. Toullier a-t-il senti le besoin de quelque autre motif, et voici celui qu'il donne : c'est que le gérant qui a géré malgré la défense du maître, « n'a pu *raisonnablement* avoir *d'autre intention*, si ce n'est de gratifier le propriétaire.... qu'il ne peut *honnêtement* avouer « aucune autre *intention*. »

Voilà donc M. Toullier, préoccupé du droit romain, à défaut de secours dans le droit français, entraîné à son tour dans les questions intentionnelles et dans ce qu'il appelle (*ubi sup.*, n° 15), *une fausse et inutile doctrine de fictions et présomptions*. Cependant, dit-il avec raison (*ubi sup.*, n° 23), « ce n'est ni de l'intention de celui qui a géré « l'affaire, ni de l'intention de celui dont l'affaire a été gé- « rée, que viennent les obligations réciproques.... » Mais, puisque le fait seul est à considérer, et que le gérant de l'espèce n'a causé aucun dommage, de quel droit scruter son intention, et pourquoi surtout lui en supposer une qui le dépouille ? Dans le droit romain comme dans le nôtre, *nemo donare præsumitur*. La décision de M. Toullier n'est donc pas conforme au droit écrit, interprété par lui-même.

Se justifie-t-elle mieux sous le rapport de l'équité ? En d'autres termes, celui qui a géré mon affaire malgré ma défense, ne peut-il jamais *raisonnablement* concevoir, et jamais *honnêtement* avouer d'autre intention que celle de me gratifier ?

Selon Pothier (*ubi sup.*) *on peut faire du bien à quelqu'un malgré lui.* Si cette proposition est vraie, la doctrine de M. Toullier ne l'est pas, puisqu'elle repose sur la proposition inverse. Or, qu'on puisse rendre service à quelqu'un malgré sa défense, sans avoir, pour cela, l'intention de lui sacrifier sa fortune ou une partie de sa fortune, c'est ce que l'esprit conçoit sans effort, c'est ce que la raison admet sans répugnance, et le cœur plus facilement encore. Cela n'est peut-être pas selon les règles de la prudence ; mais, pure de tout motif de cupidité, l'action est vertueuse, et c'est aussi trop ravaler l'homme que de ne l'en croire jamais capable.

Un propriétaire de vignes, à la veille de s'absenter, défend à son voisin d'en faire la récolte et de s'en occuper en quoi que ce soit. Il intime cette défense, soit dans un moment d'humeur ou de déraison, soit parce qu'il compte être de retour à temps pour faire ses vendanges, ou qu'enfin il ait le projet d'en charger quelque autre. Mais le temps opportun s'écoule et personne ne se présente, ni bienveillant, ni mandataire, ni le maître qui est peut-être mort ; ses récoltes vont périr et celles de l'an prochain ne seront pas préparées. Comment dire qu'en pareille circonstance celui qui a préservé de tant de pertes le propriétaire ou ses héritiers, n'a pu avoir *raisonnablement* et ne peut *honnêtement* avouer d'autre intention que celle de les gratifier?

En octobre 1837, aux assises de Rennes, présidées par l'un de nous, comparut N....., cultivateur-propriétaire, accusé de meurtre sur la personne de sa servante. Depuis la mort de sa femme, à laquelle il était fort attaché, cet homme, qui fut acquitté, avait donné quelques signes non pas de folie, dans le sens de l'expression, mais d'une étrange manie. Il ne cultivait plus ses champs, et serait

mort de faim, si ses voisins, auxquels il avait défendu, avec menace, de le faire pour lui, ne les eussent cultivés à son insu. Il soupçonnait sa domestique, excellente ménagère, de participer à ce charitable complot, et ce soupçon eut de l'influence sur l'action insensée dont elle périt victime.

Un capitaine de navire, sur le point d'appareiller, s'imagine, à tort, que la douane exige de lui certains droits auxquels il ne se croit pas assujetti ; je lui représente son erreur ; il s'obstine et veut plaider. J'insiste, et je lui dis qu'afin de ne pas retarder son voyage, je vais payer pour lui ce qui est justement exigé ; il me le défend expressément ; mais je brave la défense, et je lui rapporte ses expéditions, sans lesquelles il ne pouvait sortir du port. Cependant, une heure plus tard, les vents devenus contraires l'y auraient retenu plusieurs mois peut-être. Et, moins favorable qu'un déprédateur, qui, après tout, sait fort bien que ce n'est pas sa chose qu'il gère, je ne pourrais, sans bassesse, demander mes avances ! Certes si quelqu'un devait rougir ici, ce serait l'ingrat qui aurait l'injustice de me les refuser.

99. —Le sentiment de Pothier nous paraît donc le seul à suivre, avec la distinction très-judicieuse faite entre le gérant qui a sujet de compter sur l'approbation du maître, et celui qui se sait désapprouvé d'avance.

En effet, si le premier de ces gérants ignorait les intentions du propriétaire, du moins ne saurait-on lui imputer de les avoir bravées. Mais ne puis-je pas, à bon droit, répondre à l'autre qui me réclame ses impenses : Vous avez, dites-vous, bien administré ; que m'importe, puisque, en vous indemnisant, ma condition serait pire que si vous ne l'eussiez pas fait du tout ? Un autre aurait à dire qu'il comptait sur mon approbation. Vous ne le pouvez pas ;

en vous croyant meilleur juge que moi-même de mes propres intérêts, vous vous êtes trompé, et, l'erreur vous étant propre, qui de nous doit en supporter le mauvais effet? Je vous le demande à vous-même, la main sur la conscience.

Cependant, quoique mon affaire ait été gérée malgré moi, je n'en suis pas moins tenu de rembourser intégralement les impenses, lorsque l'utilité que j'en retire égale leur montant, à plus forte raison quand elle le surpasse; et si la gestion rapporte moins qu'elle ne coûte, le remboursement des impenses sera dû encore, mais seulement au prorata de leur utilité. Tel est le sens de la décision de Pothier. Elle nous semble pleine de justice et d'équité. Ainsi, par exemple, contre ma défense formelle, vous faites assurer mes marchandises, à la prime de 10 p. 100, sur une valeur de 50,000 fr. (1). Il est clair que, si ces marchandises arrivent sans sinistre, je ne dois rien de la prime, dont le remboursement serait pour moi une perte sèche; mais, pendant le trajet, avaries communes dans lesquelles ma contribution est de 10 p. 100. J'ai donc à recevoir des assureurs 5,000 fr., somme égale au montant de la prime que vous avez payée. Mais cette somme, je dois vous la rendre, car votre gestion ne me cause ni perte ni profit. Sans l'assurance, j'essuierais une perte de 5,000 fr. Il est de toute justice que je la supporte encore, et non vous qui n'en êtes pas cause. *Nemo est in culpâ faciendo id quod, si non factum fuerit, idem eventus futurus esset* (Casareg., disc. 1, n° 87). Ne pas vous indemniser, ce serait donc m'enrichir à vos dépens.

Maintenant supposons ma contribution de 5 p. 100, soit 2,500 fr. C'est encore une hypothèse où votre gestion ne me fait ni gagner ni perdre, parce que si, d'une main, je

(1) Sur la validité de ce contrat, V. t. 3, appendice, *de la commission en matière d'assurances.*

reçois 2,500 fr. des assureurs et que je vous les rende de l'autre, ma position étant précisément la même que si vous eussiez respecté ma défense, que m'importe son infraction? C'est le sinistre qui me fait perdre 2,500 fr., et non pas l'assurance. Vous perdez pareille somme pour avoir méprisé la prohibition ; *hinc et indè*, rien de plus conforme à l'équité.

Mais si ma contribution était, *v. g.*, de 20 p. 100, soit 10,000 fr. que je touche des assureurs, il est évident que, vos impenses remboursées, vous m'avez encore préservé d'une perte de 5,000 fr., ce qui, dans l'espèce, est un véritable profit retiré de l'assurance défendue, et dès lors l'équité exige que je rembourse entièrement vos impenses. Bien est vrai que j'éprouve encore une perte de 5,000 fr.; mais elle provient des avaries et nullement de votre gestion prohibée, sans laquelle, au contraire, je perdrais 10,000 fr. au lieu de 5,000. Il serait révoltant que je voulusse, en outre, retenir vos 5,000 fr., sous le faux prétexte que vous avez entendu m'en gratifier.

Mais, dira-t-on peut-être, du moment où vous posez en principe qu'il faut, pour former le quasi-contrat commercial, que l'affaire soit gérée à l'insu du maître, cette condition manquant dans l'espèce, celui qui a géré ne peut être considéré comme *negotiorum gestor*. La réponse est facile. Ce n'est pas uniquement parce que je sais qu'un autre fait mon affaire commerciale que je suis censé lui donner un mandat tacite, mais aussi et bien plus encore parce que, connaissant sa gestion, je ne m'y oppose pas, et qu'il est naturel d'en conclure que je l'approuve. Or, une telle approbation ne pouvant, sans blesser la raison, se concilier avec la défense que je lui fais, et, d'un autre côté, puisqu'il n'entreprend pour moi aucune affaire nouvelle, mais se borne à administrer celle qui m'appartient

déjà, que peut-il être autre chose si ce n'est mon *negotiorum gestor* ? Il en résulte seulement une exception à la règle générale.

100. — Au reste, nous devons le dire, la question, si longtemps controversée, divise encore les jurisconsultes, parmi lesquels il suffira de citer MM. Dalloz aîné et Favart de Langlade. Voici comment le premier de ces auteurs s'exprime (t. 10, p. 778, *Jur. gén.*) : « Pothier s'est prononcé » pour l'affirmative, entraîné par cette inspiration d'hon- » nêteté qui respire dans tous ses écrits ; mais M. Toul- » lier (t. 11, n° 55) démontre, d'une manière suivant » nous victorieuse, que celui qui agit contre la défense » formelle du propriétaire, s'enlève à lui-même le droit » d'invoquer le principe d'équité qui veut que l'on ne » puisse s'enrichir aux dépens d'autrui ».

« Vainement, dit M. Favart de Langlade (*Rép. de « nouvelle législ.*, etc., v° *Quasi-Contrat*), M. Toullier « cherche-t-il à faire prévaloir la loi romaine sous le pré- « texte que, dans le cas dont il s'agit, le gérant doit être « réputé avoir voulu gratifier celui dont il a géré l'affaire ; « car il est bien plus naturel de penser que le gérant, sûr « de réussir, et comptant sur l'équité du maître de l'af- « faire, aura entrepris de la gérer malgré la défense, qu'il « n'est à croire qu'il a voulu donner son bien à celui qui « ne lui accordait aucune confiance ; en tout cas, puis- « qu'il s'agit d'opter entre deux présomptions, il est plus « sûr et plus équitable d'adopter celle qui tend à rendre à « chacun le sien ; *suum cuique.* »

Casaregis, qui a aussi examiné la difficulté, la résout par une distinction. Il n'admet pas, il ne pouvait admettre, en sa double qualité de jurisconsulte et de magistrat italien, qu'il appartînt à l'équité de prononcer contre

le texte formel de la loi impériale : *Verùm ego de hâc æquitate dubitarem contra apertos textus in contrarium loquentes; eam tamen facillimè admitterem inter mercatores, inter quos semper procedi debet nullo juris servato rigore, sed de bono et æquo* (Disc. 30, n° 91). Or, chez nous, pour qui la loi de Justinien n'a rien d'obligatoire, la question est toute d'équité. Nous pouvons donc, à bon droit, étayer notre opinion de l'autorité de Casaregis, que ses contemporains appelaient *vir in jure totus oculeus.*

101. — Un principe hors de toute controverse, c'est qu'on ne peut agir qu'en qualité de *negotiorum gestor*, lorsqu'on le fait en vertu d'un mandat anéanti par sa révocation, ou nul, soit à raison de l'incapacité légale de celui qui l'a donné ou de celui qui l'a reçu, soit pour défaut de consentement mutuel, non-seulement sur les choses qui sont de l'essence de la commission, mais encore, ainsi que nous l'avons précédemment expliqué, sur toutes les conditions proposées de part et d'autre, soit enfin pour toute autre cause de nature à frapper de nullité une convention synallagmatique.

Enfin le commissionnaire, comme le mandataire du droit civil, peut devenir *negotiorum gestor*, à l'occasion de son mandat même; c'est lorsqu'il en excède les bornes à l'insu du commettant, en faisant quelque chose que celui-ci a défendu de faire (1), ou qui, n'étant pas nécessaire à l'accomplissement de la commission, n'est pas non plus autorisé soit par l'usage général du commerce, soit par l'usage du lieu où l'ordre s'exécute. Par exemple, si, quand je vous ai mandé de faire repeindre mon navire, vous remplacez l'ancienne statue qui était à la proue par

(1) Si habens mandatum, illud excedit vel contrà facit, de mandatario statim negotiorum tantùm gestor efficitur (Casareg., disc. 179, n° 74).

une neuve, vous vous constituez, pour cette dernière dépense, mon *negotiorum gestor*; car l'affaire que vous avez faite accède à mon navire qui était déjà mon affaire; et, comme vous l'avez faite volontairement et à mon insu, il s'ensuit que le quasi-contrat *negotiorum gestorum* réunit ici tout ce qui suffit à le constituer.

Il s'ensuivra d'abord pour vous, si je n'approuve pas, une responsabilité plus étendue que celle qui résulte de votre mandat, en ce que, à la différence de ce qui concerne la peinture, vous serez tenu de prouver la nécessité, ou du moins la grande utilité du remplacement de la statue; et, en second lieu, qu'au cas de ma faillite avant mon approbation, vous n'aurez pas de privilége pour les impenses relatives à la statue, mais seulement pour les frais de peinture, ce qui est à considérer, et trouvera sa preuve au chapitre des priviléges et revendications.

Il en est ainsi de tous les cas où le commissionnaire excède son mandat : *qui extra fines mandati agit, idem aliud quid fecisse videtur.* Le principe est aussi vrai dans un droit que dans l'autre; mais il veut être observé plus rigoureusement encore dans le commerce, afin de prévenir une foule d'abus et de fraudes qui, sans cela, pourraient s'y introduire.

**102.** — Que le quasi-contrat *negotiorum gestorum* appartienne aussi bien au droit commercial qu'au droit civil, c'est ce qui ne peut être l'objet d'un doute. C'est même pour le commerce une nécessité de tous les jours, de tous les instants. Par exemple, l'intervention spontanée au protêt d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, pour l'honneur de la signature d'un ami, n'est pas autre chose qu'une gestion de l'affaire d'autrui. Il en est ainsi des avals et autres cautionnements donnés à l'insu d'un

débiteur, et de beaucoup d'analogies qui se reproduisent surtout dans le commerce maritime. Mais ce n'est pas à dire pour cela que le gérant commercial doive être toujours envisagé sous le même point de vue que le gérant civil; car il existe entre eux de notables différences, qui obligent fréquemment, tantôt à ne pas leur appliquer des règles qui, au premier aspect, leur paraîtraient communes, tantôt à les modifier sensiblement pour leur en faire application. Les causes et les effets de ces disparités seront, aussi brièvement que possible, exposés dans les numéros qui vont suivre.

103. — La grande différence entre le droit commercial et le droit civil, c'est que bien souvent ce qui est la règle générale pour l'un n'est que l'exception dans l'autre. Ainsi, comme on l'a vu, la loi civile n'admet pas le mandat tacite, reçu dans le commerce, qui, en mille occasions, ne saurait s'en passer. Par exemple encore, là, point de solidarité entre codébiteurs, si elle n'est stipulée; ici, au contraire, elle est de droit, même entre cocommissionnaires, sans égard à l'art. 1995 du Code civil, qui ne la reconnaît pas entre tous autres mandataires. *Exceptio discussionis non admittitur in causis mercatorum, tanquàm de apicibus juris* (Bald. Cons. 198, n° 7). On en verra la preuve au titre des obligations générales. Ces collisions, qui se produisent sans cesse avec plus ou moins de modifications, n'aplanissent pas l'étude du droit commercial, et sont la source la plus féconde des difficultés qui surgissent à chaque instant dans la pratique. Cela tient, en quelque sorte, à l'essence même du commerce, par la nature mobile et fongible des choses qui en deviennent tour à tour l'aliment et l'objet.

Les dispositions du Code civil sur la gestion des af-

faires d'autrui, sont une nouvelle preuve de ce que nous avançons; car, pour peu que l'on apporte d'attention à leur examen, on reconnaît aisément qu'elles n'ont pas été écrites, ou que du moins elles ne l'ont été que très-secondairement, en vue du commerce qui allait, bientôt après, devenir l'objet d'un Code particulier. Si donc ce nouveau Code, ouvrage du même législateur, ne les a ni expressément exclues, ni expressément adoptées, que conclure de son silence évidemment volontaire, sinon qu'en ce point, comme en tant d'autres, le juge devient arbitre entre la loi et l'équité, avec plein pouvoir d'appliquer le droit civil ou de s'en écarter, suivant les inspirations de sa conscience?

104. — Dans la gestion civile, il a déjà fallu le dire, il n'y a pas à distinguer si son résultat est une perte ou un profit. Il suffit, pour que le gérant ait droit à ses impenses, que l'affaire ait été *bien administrée*, c'est-à-dire qu'avant d'être entreprise, la gestion ait dû être jugée nécessaire ou utile par tout bon père de famille, et que, dans son administration, le gérant n'ait pas commis de ces fautes qu'un bon père de famille n'a pas coutume de commettre : *initium spectandum est*. Le principe est certain et a toujours été le même : *Is autem qui negotiorum gestorum agit, non solùm si effectum habuit negotium quod gessit, actione eâ utitur, sed sufficit si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium*. (L. 10, § 1, D. *de Neg. gest.*)

Or, rien de plus juste dans le cours ordinaire des choses que la loi civile avait en vue, et des besoins auxquels elle a voulu pourvoir. Très-souvent c'est un héritier qui aura géré seul une succession dans laquelle il a un cohéritier absent ou inconnu; une autre fois, quelque bienveillant

faisant réparer la maison et cultiver les champs d'un ami qu'un cas imprévu retient ou a forcé de se réfugier en pays étranger ; il recouvrera des créances, en placera le capital à intérêts, renouvellera une inscription hypothécaire sur le point de se périmer, etc. Dans ces cas et mille autres semblables, l'intérêt du maître est ordinairement d'une évidence incontestable ; et, après tout, en cas de contestation, nul inconvénient à permettre aux parties la preuve de leurs maintiens contraires. Il est bien rare que de pareilles affaires exigent du mystère, et que le crédit en souffre. Elle est donc juste, cette règle générale qui veut qu'un tel gérant sorte entièrement indemne. Quel qu'ait été le succès définitif de sa gestion, l'équité ne permet pas de le rendre victime de sa bienveillance.

105. — Mais autant le principe est sage quant aux affaires du droit civil, autant il serait meurtrier si on en faisait une règle générale du commerce, qui varie ses spéculations en raison de la mobilité incessante de ses intérêts, et ne doit souvent qu'au secret de ses entreprises l'heureux succès qui vient de les couronner. Dans des circonstances qui vous paraissaient opportunes, vous avez vendu ou fait réparer mon navire ; mais qui vous dit que mon intention n'était pas de le faire démolir, et que cette résolution ne se liait pas à des projets dont je n'ai point à vous instruire, que j'ai peut-être même intérêt à vous cacher ? Des marchandises nous appartenaient en commun, et, au lieu d'en demander le partage, vous vendez votre part et la mienne. Savez-vous si je n'en avais pas disposé ou s'il ne me convenait pas de spéculer sur une hausse dont j'avais le pressentiment ? Pourquoi, au lieu de tenir mes capitaux à ma disposition, les avoir placés en des marchandises dont, à la vérité, je fais le commerce ? Mais

j'allais le cesser pour en entreprendre un autre, ou mes fonds étaient la provision d'une lettre de change, dont le protêt va devenir la suite de votre imprudente obligeance. Dans tous ces cas et tant d'autres qui peuvent se réaliser, sera-t-on reçu à prouver que mon intérêt bien entendu commandait ce qu'on s'est ingéré de faire pour moi, comme s'il se fût agi de cultiver un champ, de réparer une maison ou de payer des droits de mutation? On voit le danger d'une pareille doctrine. A bon dessein peut-être, mais peut-être aussi dans le seul but de gagner un salaire et d'étendre ses relations, un commerçant engagerait un autre dans des dépenses que celui-ci n'aurait pas faites, qu'il n'est peut-être pas en position de faire; et, s'il désapprouve cette gestion téméraire ou mal intentionnée, faudra-t-il donc qu'il produise ses livres et en divulgue le secret, pour démentir la prétendue utilité de ce dont sa ruine pourrait dépendre? Jamais principe avec pareilles conséquences ne saurait être admis dans le droit commercial. S'il n'est pas toujours impossible, du moins est-il presque toujours fort difficile de prouver qu'une affaire commerciale a été utilement gérée à l'insu du maître, parce que cette utilité, réelle, on le suppose, par rapport à tout autre, peut n'être qu'apparente par rapport à lui, seul juge compétent de son propre intérêt.

Si ces considérations sont justes, en voici la conséquence : c'est qu'en général, à la différence de la gestion du droit civil, la règle *initium spectandum est* ne s'applique point à la gestion commerciale, dont l'utilité s'apprécie non par l'effet qu'elle semblait naturellement promettre quand elle fut entreprise, mais par celui qu'elle a produit en résultat; en sorte que le commerçant dont l'affaire a été gérée à son insu, n'est engagé qu'autant qu'il approuve la gestion ou que l'utilité en soit démontrée

par sa propre évidence, et, en quelque sorte, sans autre secours que le simple énoncé du fait. Tel serait le cas où, l'ennemi assiégeant une ville dans laquelle vous avez des gourganes en magasin, j'exécuterais, en votre absence et pour vous, l'ordre du gouverneur enjoignant à tous détenteurs de farineux de les verser dans le grenier public, sous vingt-quatre heures, et à peine de confiscation ; ou si je faisais emmagasiner et *bénéficier* vos marchandises naufragées, relever votre navire échoué sur une côte lointaine, en un mot, si je vous ai procuré quelque profit évident, ou évidemment épargné quelque perte imminente, comme si, par exemple, je faisais débarquer vos marchandises en destination pour un lieu que j'apprends être infecté de la peste, etc.

Telle est la doctrine professée par Casaregis (Disc. 197, nos 14, 15 et 16).

106. — Ce jurisconsulte et les docteurs dont il invoque l'autorité distinguent principalement deux sortes de gestions d'affaires commerciales : l'une dans laquelle les obligations réciproques naissent du fait même de la gestion : « *una quæ ab ipsis* (*doctoribus*) *nuncupatur* ipso gestu, vel reipsâ, aut actione, *quæ verè ab ipso gestu, sivè ab ipso negotio facto à gestore, statim perficitur quasi contractus ex quo oritur eodem tempore obligatio atque actio negotiorum gestorum, tam directa quam respectivè contraria, gestori et absenti pro quo contractus aut utile negotium gestum fuit*, absque eo quod necesse sit expectare atque habere ab ipso absente consensum aut ratihabitationem. » Mais, continue l'auteur, cette sorte de gestion, dans laquelle le quasi-contrat se forme sans l'approbation du maître, ne s'entend que de celle dont le résultat est *manifestement* utile « sub hàc specie utilis ges-

tionis veniunt *tantùm* illa negotia quæ sunt absentibus *absque dubio utilia*, nempe ea quæ *aliquod lucrum eis afferunt, vel aliquot damnum imminens avertunt vel impediunt.* »

L'utilité n'est-elle pas certaine, indubitable : point d'obligation *ipso gestu* à la charge du maître. Il faut qu'il approuve. « *Altera species negotii gesti vocatur* ratihabitio, *quia, cum utilitas hujusmodi negotii* CERTA ET INDUBITATA NON, SIT *ideò requiritur in hâc specie ratihabitio illius pro quo gestum fuit, ad hoc ut inducatur et oriatur reciprocè inter eos respectivè obligatio atque actio.* »

Impossible à coup sûr de consacrer plus nettement et avec plus d'énergie le principe que, si le résultat d'une gestion commerciale n'est pas *indubitablement* utile, le maître n'est engagé que par l'approbation qu'il y donne.

107. — Mais nonobstant les termes absolus dans lesquels le principe est posé, nous pensons qu'il souffre une exception sollicitée par l'intérêt du commerce et commandée par l'équité, sans que la loi s'y oppose ; c'est lorsque le *negotiorum gestor* agit dans un cas urgent et avec l'espoir d'une utilité vraisemblable.

On l'a déjà dit : la loi commerciale est muette sur la gestion des affaires d'autrui ; mais en conclure qu'elle répudie les dispositions du Code civil ou qu'elle les adopte entièrement par cela seul qu'elle n'en parle pas, ce serait une double erreur. Les affaires commerciales n'ayant ni la stabilité ordinaire, ni l'uniformité en quelque sorte permanente des affaires du droit civil, il eût été le plus souvent contre la nature des choses de les assujettir à des règles fixes et précises. Si donc vous lisez dans les auteurs, ou même dans quelques arrêts de la Cour de cassation que, quand la loi marchande est silencieuse, on doit re-

courir à la loi commune, entendez-le toujours dans le sens de ces paroles de l'archichancelier Cambacérès : *Les véritables règles du commerce sont celles de la bonne foi et de l'équité; curia mercatorum dicitur curia æquitatis et veritatis.* Il ne faut donc pas prendre à la lettre une discussion de la Rote de Gênes, que Casaregis résume en ces termes : *hæc actio negotiorum gestorum semper datur ubi quis negotia utiliter gessit, et hæc utilitas debet esse cum effectu* (Disc. 30, n° 85). Il est des cas où il serait souverainement injuste de laisser à la charge du *negotiorum gestor* les frais d'une gestion qui n'a pas réussi (*sine effectu*). Casaregis le fait entendre lui-même lorsqu'il dit (*ubi suprà*, n° 86) : *ideò nunquàm illa* (utilitas) *adesse dicitur quandò absque ullâ necessitate et urgentiâ negotium geritur, et domino nihil interest.* Si donc *l'urgence est prouvée et l'utilité probable*, le gérant de bonne foi ne nous semble plus devoir répondre du succès.

108. — C'est le plus souvent, sans doute, une indiscrétion et une faute de s'immiscer dans les affaires d'autrui. *In culpâ et curiosus esse videtur, qui rei ad se non pertinenti se immiscet.* (L. 3, D., *De reg. juris.*) Le principe est sage, et c'est surtout aux négociants que sa protection est nécessaire ; mais il n'en faut pas exagérer les conséquences, au point de bannir du commerce le mutuel secours que les hommes s'entre-doivent. Si donc, dans un cas urgent et inopiné, un négociant fait pour autrui ce que chacun voudrait qu'on fît pour lui-même dans les mêmes circonstances, vainement un ingrat méconnaîtrait-il ses services par l'unique motif que leur effet n'a pas répondu aux intentions bienfaisantes qui en furent le mobile.

On a vu tel commerçant qui, soit inexpérience, soit

désordre dans ses écritures, se croyant à tort dans l'impossibilité de satisfaire à ses engagements, a été poussé par le désespoir dans les pays étrangers. Un ami, un homme dont les vastes connaissances ne peuvent être comparées qu'à son exacte probité, examine ses livres, en solde les comptes, vend, négocie, en un mot, liquide, paye les créanciers et remet à flot le fugitif qui, après s'être cru ruiné et déshonoré, revoit sa patrie, en bénissant un bienfaiteur entièrement désintéressé. Dans une pareille espèce où l'urgence est incontestable, quel juge refuserait d'appliquer les art. 1372 et 1375 du Code civil, le gérant n'eût-il pas aussi bien réussi dans son administration (1)?

Par exemple encore, forcé de partir inopinément d'un pays lointain, j'y laisse par mégarde un riche ballot de marchandises. Un bienveillant qui les emmagasine, qui les soigne pour en arrêter la détérioration, et les vend quand l'occasion favorable se présente (2) est encore un gérant dont le fait seul m'engage. Inutilement offrirais-je de prouver que, si l'on n'eût pas vendu ce qui m'appartenait, j'en eusse tiré un meilleur parti. Il suffit que le gérant ait agi de bonne foi et dans un cas urgent, qu'il n'ait pas vendu au-dessous du cours, et qu'il ait dû croire, comme il l'a dû, en effet, dans les circonstances supposées, que les marchandises subiraient du déchet et perdraient de leur valeur, avant le temps raisonnablement pré-

(1) C'est M. Ducoudray Bourgault, de Nantes, qui a donné au commerce cet exemple de philanthropie.— Un fait pareil a eu lieu à Quimper (Finistère). L'honneur en est dû à MM. Blot, ancien maire et conseiller de préfecture, et Poulizac, décédé conseiller à la Cour d'appel de Rennes.

(2) La vente, dans de telles circonstances, ne doit être considérée que comme un acte de simple administration, puisqu'on suppose la marchandise en péril de se perdre entièrement.

sumé nécessaire pour mon retour ou la réception de mes ordres.

Au moment où il s'agit de payer le prix des chevaux achetés pour votre entreprise de transport, le préposé chargé de cet achat n'a plus les fonds que vous lui aviez remis : ou il les a perdus, ou on les lui a volés. Je pense que payer le marchand, c'est vous rendre un double service ; car, sans mon intervention, vous auriez un procès en dommages-intérêts, et n'auriez point les chevaux qui vous sont nécessaires. Cependant vous me refusez mes impenses, parce qu'il se trouve que vous aviez une compensation à opposer au vendeur. Il n'importe, car, ignorant votre créance sur lui, j'ai dû croire que vous entendiez le payer comptant, par cela seul que vous aviez confié à votre préposé l'argent qu'il fallait pour effectuer ce payement.

Il serait aussi aisé de multiplier ces hypothèses qu'impossible de prévoir toutes celles qu'il dépend du hasard de réaliser chaque jour. Lorsqu'elles se présentent, il en faut chercher la décision bien moins dans les lois écrites que dans les usages et dans les règles de la bonne foi. *Placuit in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque, quàm stricti juris rationem.* On dirait cette loi 8, C., *De judiciis*, faite tout exprès pour la gestion d'affaires commerciales, qui, le plus souvent, a lieu dans des cas fortuits ou imprévus. Les faits, les circonstances, la conscience du juge, font tout dans ces sortes d'affaires. Elles sont éminemment au nombre de celles qu'a en vue l'art. 4 du Code civil, ordonnant au juge de juger, nonobstant le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi. C'est un mandat que celle-ci donne à l'équité : *Inter mercatores, æquitas, etiàm non scripta in specie, sequenda est in judicando* (Casareg., disc. 76, n° 12).

## § II

### DES ENGAGEMENTS ET STIPULATIONS POUR AUTRUI SELON LE DROIT CIVIL ET SELON LE DROIT COMMERCIAL.

SOMMAIRE.

109. Explication des mots de l'art. 1375 du Code civil : « le maître dont l'affaire a été bien administrée, » et position du gérant par rapport au maître et aux tiers, quand il a bien ou quand il a mal administré.

110. Comment le *negot. gestor* devient *negot. susceptor*, lequel n'est autre chose que celui qui s'engage ou stipule, sans mandat, pour autrui.

111. Explication des mots *s'engage* et *stipule* dans l'art. 1119 du Code civil.

112. Courte exposition de la théorie des engagements et stipulations pour autrui selon le droit civil; pourquoi ces engagements et ces stipulations n'y sont pas valables.

113. Exceptions au principe général de l'art. 1119; pourquoi, quand on s'engage pour autrui, on peut se porter fort, et qu'on ne le peut quand on stipule pour autrui.

114. Pour valider une stipulation au profit d'un tiers, il ne suffit pas de la faire dans le nom de ce tiers, ou de prendre la qualité de faisant et d'agissant pour ce tiers.

115. Les art. 1120, 1121 du Code civil ne sont que démonstratifs; fondement de la prohibition de l'art. 1119.

116. La défense de promettre ou de stipuler pour autrui n'est

que la reproduction de lois romaines; elle a son motif; pourquoi l'art. 1121 du Code civil exige, pour rendre valable une stipulation pour autrui, qu'on en fasse la condition d'une stipulation pour soi-même.

117. Le principe de la prohibition est inflexible dans le droit civil, sauf les exceptions indiquées.

118. Les stipulations et les engagements pour autrui peuvent-ils engendrer une obligation naturelle? Court exposé de la doctrine commune.

119. La règle du droit civil sur ces engagements et stipulations n'a pas lieu dans le droit commercial; exemples où l'on fait voir en quoi s'accordent le droit civil et le droit commercial, et quand les disparités commencent.

120. Dans le commerce, les stipulations pour autrui peuvent se légitimer autrement que par la stipulation conditionnelle dont parle l'art. 1121 du Code civil.

121. De ce qui précède, il suit que, dans le droit commercial, quatre principes sont certains; quels sont ces principes.

122. Dans le droit commercial, comme dans le droit civil, deux choses distinguent essentiellement le *negot. susceptor* du *negot. gestor;* quelles sont ces deux différences.

123. Résumé : l'un est régi par les lois du quasi-contrat *neg. gest.*, l'autre par les lois relatives aux stipulations et engagements pour autrui, combinées avec les dispositions du Code sur la ratification.

109. — Pour distinguer le cas du *negotiorum susceptor* de celui de la gestion d'affaires, c'est beaucoup, sans doute, que de nous être fixés sur la nature de ce qui peut seul devenir la matière de ce quasi-contrat; mais ce n'est pas tout : il faut de plus se faire des idées arrêtées sur les positions diverses dans lesquelles un *negotiorum gestor* peut se trouver par rapport au propriétaire; et ceci exige une courte explication de l'art. 1375 du Code civil.

Quand cet article dit que le maître *dont l'affaire a été bien administrée* doit aux tiers l'exécution, et au gérant

l'indemnité de tous les engagements que celui-ci a contractés, outre le remboursement de toutes les dépenses nécessaires ou utiles qu'il a faites à l'occasion de sa gestion, il ne faut pas entendre par là que, si l'affaire n'a pas été aussi bien administrée qu'elle aurait dû l'être, le propriétaire est libre de toute obligation. Cela veut dire seulement qu'à l'égard du gérant, le maître n'est tenu de remplir les engagements pris pour lui, comme d'indemniser ce gérant de ceux qui lui sont personnels et de lui rembourser ses dépenses, que dans la juste mesure d'une gestion qui aura été bonne.

Ce n'est qu'en tant que le gérant sort des bornes d'une simple administration en faisant quelque affaire qui ne s'y rapporte pas, qu'il dépouille son caractère de *negotiorum gestor,* et c'est aussi alors seulement que le maître n'est tenu à rien de ce qui est étranger à cette administration, même envers les tiers qui ont contracté, à moins qu'il n'approuve ce qui déjà a été fait, et ne ratifie les engagements pris pour lui et non encore exécutés.

Lorsque le double cas arrive, il y a dans le gérant deux personnes distinctes, l'une qui a fait l'affaire d'autrui, à la vérité pas bien, mais enfin qui l'a faite; l'autre qui a fait une affaire pour autrui en dehors de celle qu'il s'était chargé de gérer, et qui seule pouvait être la matière d'une gestion proprement dite, bonne ou mauvaise. Un exemple va faciliter l'intelligence de ces abstractions.

M'étant chargé spontanément, pendant votre absence, de gérer vos vendanges dont vous aviez coutume de vendre annuellement les produits, j'ai vendu de vos vins à livrer dans un mois, et passé marché avec un tonnelier pour les futailles nécessaires : si j'ai fait ces deux conventions avec la prudence et l'économie d'un bon père de famille, nul besoin de votre approbation. La vente et le

marché étant évidemment l'administration même de vos affaires, vos engagements sont d'avance réglés par la loi.

Mais, si j'ai vendu vos vins à 300 fr. le tonneau, tandis qu'au cours ils en valaient 400, et traité des futailles à 3 fr. l'une, quand je pouvais *couramment* les obtenir à 2, ma position n'est plus la même.

Ce n'est pas que vous puissiez regarder comme non avenus l'achat des futailles et la vente des vins, et renvoyer vers moi seul le vendeur des unes et l'acheteur des autres. Car les contrats passés avec eux étant relatifs à votre affaire et son administration même, ainsi qu'on vient de le dire, je n'ai pas cessé d'en être le gérant; vous êtes donc tenu de livrer et de vous livrer. Seulement, comme, en achetant trop cher et en vendant à trop bas prix, *je n'ai pas bien administré*, le juge, si vous ne m'approuvez pas, comprendra dans la charge de mon compte l'équivalent du préjudice que vous causent les deux contrats.

110. —Mais si, tout en gérant votre propriété selon vos habitudes, j'achète pour vous, *v. g.*, au prix de 30,000 fr., le fonds d'une manufacture de faïence dont vous ne faites pas le commerce, cette nouvelle affaire n'étant en nul rapport avec l'autre, qui peut être administrée sans elle, mon contrat ne vous liera qu'autant qu'il vous plaise de le ratifier. Relativement à cette acquisition, je suis absolument dans le même cas que tout autre qui l'aurait faite de la même manière, sans s'être chargé comme moi de gérer quelque affaire qui vous eût déjà appartenu. Or, l'agent qui prend sur lui d'en faire de pareilles pour autrui (*alterius contemplatione*), est proprement celui que nous appelons *negotiorum susceptor*, parce que, à la différence du *negotiorum gestor*, ne pou-

vant jamais faire un contrat quelconque qui ait l'efficacité de lier un tiers en quoi que ce soit contre sa volonté, ce n'est point par les lois de notre quasi contrat qu'il est régi, mais par celles qui règlent la matière des stipulations et des engagements pour autrui. Il est donc nécessaire d'en exposer brièvement la théorie selon le droit civil, afin de montrer ensuite sous quelles restrictions et avec quelles modifications consacrées par l'usage, elles sont admises dans le droit commercial.

**111.** — D'abord, c'est un principe fondamental que, sauf certaines exceptions dont nous parlerons tout à l'heure, *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes;* elles ne nuisent point au tiers, elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'art. 1121 (art. 1165 C. civ.)

Aussi lit-on dans l'art. 1119 qui en est le corrélatif : « On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son « propre nom que pour soi-même. »

Cet article exige plus d'une observation; mais, avant tout, prenons garde à l'acception dans laquelle les mots *s'engager* et *stipuler* y sont employés.

Dans le langage ordinaire, souvent même dans celui de la loi, *stipuler* est une expression générique qui s'entend de toutes promesses obligatoires, actives et passives indistinctement. Ainsi, on dit très-bien : nous avons stipulé par le bail que j'aurai, pendant neuf ans, la jouissance de votre maison. Mais s'engager et stipuler n'ont pas une même signification dans l'art. 1119. Nous en avons déjà fait l'observation n° 16.

*S'engager*, selon le sens de cet article, c'est promettre à un autre contractant qu'un tiers lui donnera quelque chose ou fera quelque chose dans l'intérêt de ce contractant, ou

ne fera pas contre le même intérêt telle ou telle autre chose.

*Stipuler*, c'est tirer de quelqu'un une promesse toute pareille, au profit d'un tiers.

Si je vous promets que Jacques vous donnera son cheval, je m'engage.

Si j'obtiens de vous la promesse de faire construire un kiosque dans le jardin de Pierre, et de ne pas vous ouvrir une vue sur celui de Jacques, je stipule.

Il n'en est pas moins vrai que, quand je vous promets quelque chose, vous le stipulez de moi et *vice versâ*, et qu'ainsi dans toute convention, il y a un promettant et un stipulant; mais *s'engager* et *stipuler*, dans l'art. 1119, conservent la signification qu'ont, dans le droit romain, les mots *stipulator* (celui qui interroge) et *promissor* (celui qui répond), *v. g.*: Me promettez-vous que Jacques me donnera son cheval? Oui, je vous le promets.

112. — Maintenant, pour bien comprendre la portée de l'art. 1119, il faut se demander pourquoi ces mots: *en général* s'y trouvent. C'est évidemment parce que le principe souffre des exceptions. Mais, à part ces exceptions, dont nous dirons bientôt le peu de mots que notre sujet exige, voici, selon le droit civil, l'effet du principe général dans toute sa pureté :

Si je stipule de vous que vous donnerez 10,000 fr. à Jacques, vous ne contractez aucune obligation civile ni envers Jacques, ni envers moi. Car si Jacques veut exiger les 10,000 fr., vous lui répondrez que notre contrat, dans lequel il n'était point partie, *ne peut lui profiter* (article 1165 C. civ.) (1), et, si, je vous demande des dom-

(1) Quæcumque gerimus, cùm ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostrâ personâ obligationis initium sumant, inanem

mages-intérêts, pour avoir manqué à votre promesse, vous me répondez tout aussi péremptoirement que rien dans le contrat n'indique que j'aie un intérêt appréciable à prix d'argent, le seul qu'on reconnaisse en justice réglée, à ce que vous donniez les 10,000 fr. à Jacques, et que ma demande n'a pas de sens, puisque je n'éprouve aucun préjudice. Notre convention est donc radicalement nulle (1).

De même, si je vous ai promis que, dans un mois, Jacques vous donnera le portrait en pied de Napoléon peint par Gérard, notre convention est encore de toute nullité. Car, si vous exigez de Jacques le portrait promis, il vous répondra, avec le même art. 1165, qu'un contrat auquel il n'a point concouru *ne peut lui nuire;* et, de mon côté, si vous me demandez des dommages-intérêts, j'ai à répondre que, n'ayant promis que pour un autre et non pour moi, je n'ai entendu contracter aucune obligation personnelle. En deux mots, celui qui promet le fait d'un autre n'est pas obligé, *quia noluit neque de se promisit;* cet autre ne l'est pas non plus, *quia nec voluit nec promisit.*

Ainsi, nous pouvons tous deux, vous dans le premier cas, moi dans le second, manquer impunément à nos promesses. De pareils contrats ne sont pas sérieux aux

actum nostrum efficiunt; et ideò neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine rectè agat, possumus. (L. 11, D., *De obl. et act.*)

(1) Alteri nemo stipulari potest..... inventæ enim sunt obligationes ad hoc ut unusquisque sibi acquirat quod suâ interest; cæterùm ut alii detur, nihil interest meâ (Ulp., l. 38, D. *v. obl.*)

Paul dit aussi : Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur : itaque alius pro alio promittens daturum facturumve um, non obligatur; nam de se quemque promittere oportet. (L. 83, D. *v. obl.*)

yeux de la loi, qui les proscrit, en disant qu'*on ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même* (art. 1119 C. civ.).

113. — Mais, par ces mots : *en général*, il faut tout d'abord entendre que la prohibition ne concerne pas les tuteurs et tous autres mandataires légaux ou institués, qui s'y seraient trouvés compris si l'article eût été simplement rédigé en ces termes : *on ne peut s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même.*

Après cette large exception, en viennent d'autres qui concernent les engagements, puis d'autres encore qui se rapportent aux stipulations.

« Néanmoins (art. 1120 C. civ.) on peut se porter « fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci, sauf « l'indemnité contre celui qui s'est porté fort, ou qui a « promis de faire ratifier si le tiers refuse de tenir l'en- « gagement. » Ainsi, par exemple, si en me portant fort pour Jacques, soit en ces termes, soit en termes équivalents : je vous promets que, de ce jour en un an, il vous vendra son hôtel au prix de 100,000 fr. ; ou, si je vous ai promis de rapporter sa ratification, c'est un contrat valide, parce que, si Jacques ne veut pas vendre, vous avez action contre moi, en indemnité du préjudice que son refus vous cause. Voilà pour les engagements.

Quant à ce qui est des stipulations, l'art. 1121 porte : « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lors- « que telle est la condition d'une stipulation qu'on fait « pour soi-même, ou d'une donation que l'on a faite à un « autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la « révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter, » comme s'il était convenu que vous me donnerez 3,000 fr. au cas où, dans un mois, vous n'ayez pas donné à Jacques

le portrait de la Chalotais. A la vérité, je n'ai pas d'intérêt appréciable à ce que vous donniez le portrait à Jacques, mais la chose n'étant ni impossible, ni contraire aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6 C. civ.), j'ai pu valablement en faire la condition de la stipulation des 3,000 fr. pour moi; et, quoique mon véritable intérêt soit que vous ne donniez pas le portrait, j'en ai cependant un éventuel pour le cas où vous ne le donneriez pas, ce qui suffit.

Remarquez que l'art. 1121, qui est le cas où je stipule, ne dit pas que je puis me porter fort, comme je le puis, quand je promets (art. 1120). La raison en est que, dans ce dernier cas, si Jacques ne vous vend pas l'hôtel, j'ai un intérêt personnel dans la convention, tenu que je suis de vous indemniser. Au contraire, si je me porte fort de l'agrément du portrait par Jacques, je n'ai plus d'intérêt. Car lorsque je vous demanderai les 3,000 fr. pour ne lui avoir pas donné le portrait, vous me les redemanderez à bon droit, comme m'étant porté fort de le lui faire accepter. Selon le droit civil, une pareille convention ne serait qu'un jeu, *pactum nugatorium;* c'est comme si vous me disiez : je vous donnerai 3,000 fr., à condition que vous me les rendiez sur-le-champ. Ainsi le fait de *se porter fort*, qui donne vie à l'engagement pour un tiers, vicie radicalement la stipulation pour autrui. Pourquoi? parce que ce fait qui crée mon intérêt dans une des conventions, est précisément ce qui le détruit dans l'autre.

Enfin il est certain, comme nous l'avons vu au commencement de ce paragraphe, n° 109, que le *negotiorum gestor* s'engage et stipule valablement pour le maître. Il peut s'engager, parce que, tenu de continuer la gestion jusqu'à ce que le propriétaire soit en état de s'en charger (art. 1375 C. civ.), sa responsabilité l'intéresse per-

sonnellement dans les contrats qui ont pour objet de lui procurer les moyens de conduire l'affaire; et il peut stipuler, parce que, pour faire que son administration soit jugée bonne (art. 1373), il a intérêt à procurer le plus de profit possible au propriétaire.

114. — Mais il ne faut pas croire avec M. Toullier (t. 6, n° 133) que, pour valider la stipulation que je fais au profit d'un tiers, *v. g.*, de *Titius*, il me suffit de la faire *dans le nom de Titius, ou de prendre la qualité de faisant et agissant pour Titius*, ni que je devienne par là son *negotiorum gestor*, ce que le même auteur enseigne. Cela serait vrai si, comme au temps de Pothier, dont M. Toullier reproduit ici la doctrine (1), après l'avoir justement condamnée, la théorie du Code civil, touchant la gestion des affaires d'autrui, reposait sur la fiction d'un consentement *à priori*, donné par le maître; mais il n'en est rien. M. Toullier le dit lui-même (V. le § précédent, n° 99), et dès lors l'art. 1372, auquel il renvoie dans le passage indiqué, prouve contre ce qu'il avance, puisque cet article n'a évidemment en vue qu'une affaire déjà existante, laquelle peut seule devenir la matière du quasi-contrat.

Aussi, M. Duranton (t. 10, n°s 229 et 230) prouve-t-il très-bien qu'un tel stipulant n'a pas l'intérêt qu'il faut pour valider sa stipulation, et que l'opinion de Pothier n'est pas conciliable avec le Code civil. « Dans ce système, « dit M. Duranton, la stipulation faite au profit d'un tiers, « quoique sans mandat, serait toujours valable, puisque, en « la faisant, on gérerait l'affaire d'un tiers, on devien-« drait comptable envers lui, et qu'ainsi on aurait l'inté-« rêt dont parle Pothier. Mais alors *le principe serait illu-*

(1) Pothier, *des Oblig.*, n° 74.

« *soire*. L'opinion de cet auteur, sur ce point, n'est donc « pas admissible. Autre chose serait si, *gérant déjà les* « *affaires de Paul*, je faisais une stipulation relative à ces « mêmes affaires, etc. » Il ne restait plus qu'un mot à dire : c'est que le stipulant dont M. Toullier parle, n'est pas un *negotiorum gestor*, mais, nous l'avons déjà fait observer, M. Duranton semble tenir encore au système des fictions pour rendre raison de notre quasi-contrat (1).

Le principe évidemment *illusoire*, comme le dit M. Duranton, quand on prête au *stipulator* de M. Toullier un intérêt qu'il n'a pas, le serait tout autant si, pour éluder la prohibition, il suffisait *de prendre la qualité de faisant et agissant pour*. Car un tel moyen étant toujours à la disposition de qui voudrait l'employer, il serait impossible d'imaginer un seul cas où l'art. 1119 signifiât quelque chose. Il est clair que l'erreur de M. Toullier, en ce point, provient de la double signification qu'on attribuait du temps de Pothier, et qu'on attribue encore fort souvent, mais mal à propos, à l'expression de *negotiorum gestor*. Tant il est vrai, comme le dit M. Toullier lui-même, en parlant de Pothier (t. 11, n° 39) *que l'abus des mots peut égarer les meilleurs esprits*. Si la Cour d'appel de Bordeaux eût suivi la doctrine du savant professeur, sans distinguer le *negotiorum susceptor* du *negotiorum gestor*, l'arrêt rapporté dans le § 1er, n° 88, *in fine*, aurait adjugé l'immeuble litigieux aux deux fils au profit desquels, pendant leur absence, le père avait entendu en demeurer adjudi-

(1) « Le fondement de cette action est le grand principe, qu'on ne « doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui, et comme chacun est « censé vouloir ce qui peut lui être avantageux, on peut dire aussi « qu'il y a eu dans le propriétaire dont les affaires ont été bien administrées un *tacite consentement à ce qu'elles le fussent*, etc. » (T. 13, n° 636.)

cataire, car il déclara, dans le délai de la loi, *n'avoir fait et agi que pour eux*.

115. — Il nous reste à dire, pour achever l'exposition sommaire qui suffit à notre objet, que les art. 1120 et 1121 ne sont que démonstratifs;, outre les exceptions qu'ils énoncent expressément, il en est d'autres qui y sont implicitement comprises, mais dont nous n'avons pas à nous occuper, parce que toutes reposent sur un principe qui leur est commun. Or, par le peu que nous venons d'en dire, il est d'évidence que le principe de la prohibition générale portée dans l'art. 1119 a pour fondement une considération unique, le défaut d'intérêt personnel et appréciable de la part de celui qui s'engage ou stipule pour autrui ; la preuve, c'est que dès qu'un tel intérêt existe, activement ou passivement (il n'importe), aussitôt on voit la loi faire cesser la prohibition (1).

Mais il faut que cet intérêt soit ou exprimé, ou évident par la nature même de ce qui le produit, comme, par exemple, lorsqu'un entrepreneur, qui s'est chargé de me construire une maison, passe marché avec un charpentier pour en faire la charpente ; sans cela la convention est inutile.

116. — Le motif de ces exigences de la loi se justifie aisément pour les affaires du droit commun. En effet, que chacun puisse, à son gré, valablement engager un tiers,

(1) Si quis insulam faciendam promiserit aut conduxerit, deindè ab aliquo insulam stipulatori fieri stipulatus est.... Si quis id locaverit faciendum quod ipse conduxerat, constat habere eum utilem ex locato actionem..... Si quis ergò stipulatus fuerit, cùm suâ interest ei dari, in eâ causâ est ut valeat stipulatio. (Ulp. l. 38, §§ 21 et 22. D. *De verb. obl.*)

il pourra s'ensuivre qu'une ratification, souvent irréfléchie ou surprise, soumettra celui-ci à une action résultant du contrat d'un autre. C'est contre ce désordre social qu'a été faite la prohibition qu'on trouve aussi dans le droit romain : *Alius pro alio promittens daturum facturumve eum, non obligatur. Nam de se quemque promittere oportet.* L. 83, D. v. *oblig.* Si vous n'avez point d'intérêt personnel au contrat dans lequel vous promettez pour moi, que n'en prenez-vous un, comme la loi vous le permet, en vous portant fort de me faire tenir ou ratifier l'engagement (article 1120 C. civ.)? Si, au contraire, vous êtes personnellement intéressé dans la convention, pourquoi ne pas le dire? Les affaires civiles n'exigent pas le secret que vous gardez sur l'intérêt que vous pouvez avoir, et, puisque vous n'en exprimez aucun, la présomption est que vous n'en avez pas. La convention est donc, non pas seulement vicieuse, mais radicalement nulle, et, dès lors, ma ratification le serait elle-même.

Quant à la défense de stipuler pour autrui, elle n'est aussi que la reproduction d'une loi romaine : *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando, quisquam alteri cavere potest.* L. 73, § fin. D. *Reg. jur.* Ce serait encore un grave désordre dans la société, qu'il fût permis au premier venu de satisfaire sa curiosité et de divulguer le secret des familles, sous le prétexte de veiller à des intérêts qui lui sont étrangers, et que, par cela même, il est censé ne pouvoir bien apprécier. C'est pourquoi l'art. 1121 ne laisse qu'un seul moyen de rendre valide la stipulation que l'on fait en faveur d'un tiers, c'est d'en faire expressément la condition d'une autre stipulation pour soi-même, comme s'il eût été dit dans l'exemple déjà proposé, que vous me payerez 3,000 fr., si, dans un mois, vous n'avez pas donné à Jacques le portrait de M. de la Chalotais.

Toutefois, par le mot *condition*, la loi entend ici, non-seulement ce qu'il signifie dans cet exemple, mais encore le cas où la stipulation que nous faisons pour autrui est une charge, ou un mode d'une stipulation pour nous-mêmes, comme lorsque, en vous vendant ma maison 20,000 fr., je stipule que vous les payerez à Jacques, à qui je les dois, ou à qui je les donne, ou que j'indique seulement pour les recevoir et m'en rendre compte.

Mais pourquoi encore ces cas de stipulation pour autrui sont-ils exceptés de la prohibition générale? Parce que, en réalité, je stipule, pour le moins, autant dans mon intérêt que dans l'intérêt d'un autre.

**117.** — Pothier, après avoir exposé le principe qu'on ne peut valablement s'engager ni stipuler pour autrui, ajoute (*des Oblig.*, n° 56) : *On présume néanmoins facilement que celui qui a promis le fait d'un tiers, a entendu se porter fort pour ce tiers, quoique cela ne soit pas exprimé.* Mais M. Duranton (t. 10, n° 1209) fait voir que ce système n'est pas celui de la législation actuelle, *et qu'il faut dire au contraire* « que celui qui a simplement promis le « fait d'un tiers, n'est pas facilement présumé s'être porté « fort pour ce tiers; car, continue l'auteur, si cette pré- « somption existait, l'art. 1120, qui a simplement pour « objet de consacrer la validité de la promesse, lorsque « celui qui promet se porte fort pour le tiers, serait évi- « demment superflu. » Effectivement, à quoi bon une loi qui m'ordonne d'exprimer mon intérêt, si je suis présumé l'avoir sans que j'en parle? Dans le droit civil, le principe de la prohibition est donc inflexible, sauf les exceptions que nous venons d'indiquer.

Par conséquent, lorsque je vous promets simplement que, de ce jour en un an, Jacques vous vendra son hôtel

100,000 fr., c'est une convention radicalement inutile (*ab initio non constitit*), et dès lors insusceptible, de la part de Jacques, d'aucune ratification qui l'engage; car si sa ratification pouvait être efficace, elle rendrait elle-même inutiles les art. 1119 et 1165, et, de mon côté, que Jacques ratifie ou ne ratifie pas, je ne suis engagé à rien.

Si, au contraire, je me suis porté fort, c'est une convention valide qui vous donne une action, soit contre Jacques, s'il a ratifié, soit contre moi, s'il ne l'a pas fait.

Mais, d'après notre convention, de ce que Jacques, s'il a ratifié, est tenu de vous vendre son hôtel, il ne s'ensuit pas que vous êtes tenu de l'acheter. Pourquoi? *Parce que vous ne l'avez pas promis.*

Voilà le droit civil. En est-il de même dans le commerce? Évidemment non.

118. — On s'est demandé si un tel principe, qui annule les stipulations et les engagements pour autrui, n'est pas d'institution civile, et si, tout privés qu'ils sont d'effet civil, ils n'engendrent pas une obligation naturelle. Des auteurs recommandables (*magis classici*) ont pensé que cette théorie était particulière au droit romain, et que la foi donnée et reçue est une cause suffisante d'obligation naturelle. Au reste, rien de plus conforme à la raison et au sentiment du cœur que de faire du bien à quelqu'un : *Inspectâ æquitate et veritate facti, certum est in utrâque stipulatione fidem promittentis dari et accipi, atque obligari ad observationem promissi, et ideò obligationem naturalem contrà promittentem nasci.* Aussi, dans les tribunaux ecclésiastiques, on admettait la validité de la stipulation ou de la promesse du fait d'autrui, qui pouvait même être confirmée par serment : *Quisquis promisit debitor est, et, veritatis urgente sententiâ, sponsionis fidem compellitur*

*implere.* Comme l'on peut toujours rendre meilleure la condition d'autrui, et qu'une convention ne devient pas nulle, s'il est possible de lui faire produire un effet, on n'annulait pas ces sortes d'engagements; on les interprétait comme si le promettant fût convenu *se curaturum et acturum ut alius det vel faciat.* On peut résumer ainsi la doctrine commune de ces auteurs : *Stipulatio facti alieni ad nihil valet jure civili legibus Romanorum, quæ omnem promissionem repulerunt quam promissor de se ipso non faceret; valet tamen ex ratione naturali, quia qui serio et deliberato animo spondet alium daturum, de se per consequens aliquid spondet, nempè curaturum se ut ille agat, quod factum curandi neque impossibile est neque bonis moribus contrarium.* (V. Meerman, *Nov. thes.*, t. 7, pag. 180 et suiv., pag. 578.)

119. — Il est sensible qu'un principe d'après lequel *promettre et tenir sont deux*, n'est pas moins incompatible avec la bonne foi et l'équité, premières règles du commerce, qu'avec la rapidité de ses opérations et le secret qu'elles commandent. Mais ce qui est peut-être plus décisif encore, c'est que le motif unique qui a fait introduire ce principe dans le droit civil, est totalement étranger au droit commercial, y ayant toujours présomption que le commerçant qui agit pour un autre, agit en même temps pour lui-même. Aussi tous les auteurs enseignent-ils que les dispositions de la loi civile sur les engagements et les stipulations pour autrui, sont sans application dans le commerce; ce qu'il faut néanmoins entendre en ce sens qu'elles ne s'y appliquent que sous certaines restrictions. Deux exemples vont faire voir la différence.

J'ai écrit en ces termes à M. Giovanni, marchand épicier à Rennes:

« Je vous promets que *Pierre*, de Saint-Malo, vous « vendra 200 quintaux de morue, premier choix, cinq « jours après que son navire le *Nestor* aura fait son « retour, dont vous serez avisé. »

M. Giovanni m'a répondu :

« J'ai reçu votre amicale par laquelle vous me promet- « tez, etc. Quelques pêcheurs sont déjà de retour ; il faut « croire que le *Nestor* ne tardera guère. »

D'abord, que suis-je par rapport à *Pierre*, moi qui ai, à son insu, écrit à M. Giovanni ce qu'on vient de lire? Certes, je ne suis point son *negotiorum gestor ;* car ce n'est pas gérer sa cargaison que de promettre qu'il en vendra telle ou telle partie à tel ou tel prix. Je ne puis donc être que *negotiorum susceptor*, et il s'ensuit, comme première conséquence, que Pierre est très-libre de ne pas ratifier la promesse. En ce point, nulle différence entre le droit civil et le droit commercial.

Mais voici où l'accord cesse : c'est que si Pierre ne ratifie pas, c'est-à-dire, s'il refuse de tenir l'engagement, je dois des dommages-intérêts à M. Giovanni, sans pouvoir exciper, comme dans le droit civil, de mon défaut d'intérêt. Car je suis présumé en avoir eu un, et, par cela seul que j'ai promis, M. Giovanni a eu un juste sujet de croire ou que j'avais les moyens de faire exécuter ma promesse par Pierre (*me curaturum et acturum ut daret, faceret*), ou que, dans le cas contraire, je m'engageais à réparer le préjudice que lui causerait mon imprudence, en le détournant de se pourvoir ailleurs de la marchandise dont il a besoin.

Autre différence. Si Pierre a ratifié, il faut qu'il livre. Vainement dirait-il qu'il n'a ratifié qu'un contrat radicalement nul dans lequel je me suis engagé pour autrui, en mon propre nom, contre la prohibition de l'art. 1119, et

que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes (art, 1165 C. civ.). Ces raisons, péremptoires devant un tribunal civil qui ne peut reconnaître dans les contrats d'autre intérêt qu'un intérêt exprimé ou évident par la nature des choses, n'obtiendraient, devant un tribunal de commerce, d'autre succès que le dédain des juges avec la perte du procès et celle de tout crédit.

Enfin, troisième différence : si Pierre l'exige, M. Giovanni sera tenu de se livrer; inutilement, à son tour, dirait-il que la convention est nulle, et que d'ailleurs, si on lui a promis de lui vendre, *il n'a pas*, lui, *promis d'acheter*. Cela serait très-vrai, on vient de le dire, s'il s'agissait de la vente d'une terre ou d'un hôtel; mais, dans le commerce, accepter la promesse qu'on vous vendra, c'est implicitement promettre d'acheter ce dont la vente a été promise, à moins que l'intention contraire ne résulte clairement de la convention ou de circonstances dont l'appréciation appartient souverainement au juge. Or, si telle était l'intention de M. Giovanni, il devait s'expliquer dans sa lettre autrement qu'il ne l'a fait. Il répugne à la bonne foi qu'il puisse forcer Pierre à livrer, s'il y a hausse, et refuser de prendre livraison, s'il y a baisse.

120. — Quand je stipule de Paul, en mon propre nom, que, pendant deux ans à dater de ce jour, il n'établira pas sur la Loire un bateau à vapeur en concurrence avec celui de Salomon, qui ratifie, Paul est tenu d'exécuter cette convention, évidemment nulle dans le droit civil. Il aura beau dire que la stipulation au profit de Salomon *n'est la condition d'aucune autre stipulation pour moi-même;* cela est très-vrai; mais, dans le commerce, dont l'intérêt est l'unique mobile, les stipulations au profit d'autrui peu-

vent se légitimer autrement que par la stipulation conditionnelle dont parle l'art. 1121 du Code civil; et, par cela seul que j'ai stipulé quelque chose pour un tiers, je suis présumé avoir eu quelque intérêt à le faire et à cacher la cause de cet intérêt même, puisque je ne l'ai pas exprimé. Fallait-il, par exemple, aller dire à Paul, en divulguant le secret des affaires de Salomon et des miennes, *mea et aliena negotia propalando,* que celui-ci me devait 50,000 fr. dont je n'eusse jamais été payé, si je n'avais prévenu une concurrence imminente qui, en décidant sa faillite, eût entraîné la mienne?

**121.** — Dans le droit commercial, il est donc quatre principes certains :

Le premier, conforme au droit civil, c'est que, sauf le cas du *negotiorum gestor*, nul ne peut contre son gré être lié passivement par le contrat d'un autre : *certissimum est ex alterius contractu neminem obligari,* ni profiter contre son gré d'une stipulation faite en sa faveur : *nemini invito beneficium confertur.*

Le second principe, contraire au droit civil, c'est que, par cela seul que j'ai promis le fait d'autrui, je suis réputé m'être porté fort, sans qu'il soit besoin de l'exprimer.

Le troisième principe, conséquence du second, c'est qu'une fois que le tiers a ratifié l'engagement, il est obligé de le tenir.

Le quatrième principe, encore contraire au droit civil, c'est que celui des contractants duquel le *stipulator* a tiré, en son propre nom, quelque promesse au profit d'un tiers, est tenu de l'exécuter, si ce tiers l'exige.

**122.** — Enfin, dans le droit commercial comme dans

le droit civil, deux choses distinguent essentiellement le *negotiorum susceptor* du *negotiorum gestor*.

La première, c'est que le *negotiorum susceptor* ne peut jamais, quoi qu'il fasse, être comptable de rien envers celui pour lequel il a stipulé ou s'est engagé. Quand je promets à Charles que vous tirerez pour son compte 50,000 fr. sur Jacques Laffitte, si vous tirez, il est manifeste que, gérant de votre propre affaire, vous n'en pouvez demander compte à personne, et, *à fortiori*, si vous ne tirez pas. Ai-je stipulé de Charles que c'est lui qui tirera pour vous les 50,000 fr. : si vous exigez qu'il tire, c'est encore vous qui gérez votre propre affaire; partant, nul comptable, et à plus forte raison si vous n'exigez pas que l'engagement s'exécute.

Au contraire, *per rerum naturam*, il est impossible de concevoir un gérant qu'il ne doive un compte. D'ailleurs, l'art. 1362 du Code civil lui en impose expressément l'obligation.

La seconde différence est celle-ci : c'est que le *negotiorum susceptor* peut toujours être désapprouvé par le tiers, qu'il s'agisse d'engagements ou de stipulations; et cela arbitrairement, sans nul égard au résultat bon ou mauvais de l'affaire dont le tiers n'est même tenu de prendre aucune connaissance.

Au contraire, à l'égard du *negotiorum gestor*, qui a bien administré, que le maître approuve ou n'approuve pas, il n'en est ni plus ni moins tenu (art. 1375 C. civ.), *velit, nolit, de remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, et de l'indemniser des engagements personnels qu'il a pris.* Donc, nulle parité entre ces deux agents.

**123.** — Aussi, en dernier résultat, et comme on l'a dit

en commençant, l'un est régi par les lois du quasi-contrat *negotiorum gestorum;* l'autre, par celles relatives aux stipulations et aux engagements pour autrui, combinées avec les dispositions du Code touchant la ratification et ses effets.

Mais qu'est-ce que la ratification? en quoi consistent ses effets? C'est ce dont il sera traité dans le paragraphe qui va suivre.

---

## § III.

### DE LA RATIFICATION ET DE SES EFFETS.

SOMMAIRE

124. Les principes sur la ratification et ses effets régissent le *negotiorum gestor* qui prend les engagements en dehors de sa gestion, le *negotiorum susceptor* qui s'engage pour autrui, et le mandataire qui excède son mandat; preuve de cette proposition.

125. Division des matières dont il est traité dans le présent paragraphe.

126. Deux espèces de ratifications, l'une réglée par l'art. 1338 du Code civil, l'autre par l'art. 1998; il ne faut pas les confondre; celle de l'art. 1998 est seule du sujet de cet ouvrage; elle est expresse ou tacite.

127. Ce qu'est la ratification expresse; quand il y a ratification tacite; ratifier en partie, c'est ratifier pour le tout; une telle ratification implique celle de toutes les conditions de l'opération faite.

128. Maxime en matière de ratification tacite; le silence peut opérer ratification; quand, dans quel délai; une protestation tardive ne saurait en détruire l'effet.

129. Effets de la ratification entre le *negotiorum susceptor* et le ratifiant; principe fondamental; *ratihabitio mandato æquiparatur;* il doit être suivi, quoique le droit romain n'ait plus d'autorité législative; rétroactivité de la ratification; divers passages de Casaregis.

un mandat dans la gestion d'affaires, parce que le droit romain n'y introduit rien de fictif; la fiction n'avait lieu qu'au cas de ratification; diverses lois romaines citées.

144. La loi française ne feint rien non plus relativement au quasi-contrat de gestion; disposition de l'art. 1372 du Code civil; le gérant n'a pas tous les avantages, ni le maître toutes les obligations qui résultent du mandat; il n'en est pas de même du *negot. susceptor;* celui-ci une fois approuvé, la ratification équivaut à mandat; maxime sur l'effet de la fiction.

124. — Ce que nous avons à dire de la ratification et de ses effets ne s'applique pas moins au mandataire ou commissionnaire qui excède son mandat, et au *negotiorum gestor* qui sort des limites de sa gestion, qu'au *negotiorum susceptor*, proprement dit, lequel sans mandat, et sans s'être antérieurement chargé d'une affaire appartenant déjà à un autre, fait pour celui-ci de but en blanc une affaire toute nouvelle; sous ce point de vue, pas la plus légère distinction entre ces trois agents très-différents sous beaucoup d'autres rapports; nulle différence non plus, du moins essentielle, entre le droit civil et le droit commercial. La raison de cette parité s'explique facilement.

Si j'ai donné à Jacques l'ordre de cautionner le concordat de Pierre pour 10,000 fr., et qu'il le fasse pour 15,000, Jacques sort visiblement des limites de son mandat; car il prend pour moi une obligation éventuelle de 5,000 fr. outre ma volonté, et cette obligation est une affaire nouvelle dont je ne l'ai pas chargé. Jacques a donc fait mon affaire à la concurrence de 10,000, et pour moi une autre affaire de l'importance de 5,000, c'est-à-dire qu'il *s'est engagé pour autrui* au payement de cette

somme, et cela sans mandat. Or, comme on l'a déjà vu, s'engager pour autrui spontanément, ce n'est autre chose que se porter *negotiorum susceptor*. C'est précisément e cas du deuxième paragraphe de l'art. 1998 du Code civil ainsi conçu : « Il (le mandant) n'est tenu de ce qui a pu « être fait au delà (de ses pouvoirs), qu'autant qu'il l'a « ratifié expressément ou tacitement. »

Quant au *negotiorum gestor*, il ne peut jamais, à la vérité, excéder les bornes d'aucun mandat, en tant que réellement donné par un propriétaire, puisque celui-ci ne l'a chargé de rien. Mais il s'en est arrogé un que la loi confirme en ces termes : « il se soumet à toutes les obliga- « tions qui résulteraient d'un mandat exprès que lui au- « rait donné le propriétaire. » (Art. 1372 C. civ.) Ce n'est, on le voit bien, qu'une fiction de la loi, mais une fiction fondée sur la nécessité d'empêcher que personne ne s'immisce dans les affaires d'autrui, sans être tenu de lui en rendre compte. D'un autre côté, cette fiction une fois admise, il faut bien recourir aux présomptions, et se demander ce qu'il est naturel de croire que le propriétaire aurait prescrit par son mandat, s'il l'eût donné effectivement. Impossible, sans doute, d'en deviner les détails ; mais, en somme, on doit naturellement croire que le propriétaire aurait recommandé de *bien administrer*, *de gérer en bon père de famille*. Telle est aussi l'obligation qui lui est faite par les art. 1373 et 1374. Maintenant supposez que j'aie, sans autres conditions, donné à Salomon, qui l'a accepté, le mandat de *bien administrer*, et de *gérer en bon père de famille*, *v. g.*, mon commerce de sardines ; il est évident qu'il excède ses pouvoirs de gérant, s'il entreprend, en outre, pour moi, un commerce de savons ; et qu'il devient *negotiorum susceptor*, tout aussi bien que Jacques, quand il cautionne pour moi 15,000 fr. au lieu

de 10,000 qui étaient ma limite. Ainsi le mandataire qui excède son mandat, le *negotiorum gestor* qui sort du cercle de sa gestion, et le *negotiorum susceptor* qui, de prime abord, fait une affaire pour autrui, sont de pareille condition, en cela que rien de ce qu'ils ont ainsi fait ne peut lier le tiers qui refuse de ratifier; chacun des trois est *negotiorum susceptor*.

125. — Voyons donc actuellement ce que c'est que la ratification et comment elle peut être donnée. Nous aurons ensuite à la considérer dans ses effets : 1° entre le ratifiant et le *negotiorum susceptor*; 2° entre ceux-ci et les tiers avec lesquels le *negotiorum susceptor* a traité; 3° enfin nous examinerons, par rapport à tous, quels sont les effets du refus de ratifier.

126. — D'abord la ratification est de deux sortes : l'une réglée par l'art. 1338 du Code civil, l'autre par l'art. 1998. Il ne faut pas les confondre; par la première, nous pouvons approuver, ou, ce qui signifie la même chose, *ratifier* un contrat ou un acte quelconque, infecté, soit au fond, soit dans la forme, de quelque vice qui le rend nul, ou qui nous donne une action pour le faire déclarer tel; mais il ne s'agit, dans l'art. 1338, que d'actes ou contrats auxquels nous ou nos auteurs avons concouru personnellement. C'est un point hors de toute controverse depuis un arrêt de la Cour de cassation du 26 décembre 1825 (Sirey, 16, 2, 243). Les actes ou contrats dont il s'agit ici étant au contraire ceux auxquels nous n'avons concouru ni en personne, ni par nos auteurs, cette première espèce de ratification n'est point de notre sujet.

La ratification qui nous concerne est celle prévue par

le § 2 de l'art. 1998, ainsi conçu : « Il (le mandant) n'est « tenu de ce qui a été fait au delà (du mandat) qu'autant « qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. »

127. — Prise en ce sens, la ratification *expresse* est l'écrit ou le discours quelconques émanés de nous, et la ratification *tacite*, les faits quelconques dont nous sommes auteurs, prouvant notre volonté de nous rendre propre, sciemment, ce qui a été fait pour nous par quelqu'un, soit sans mandat, soit outre soit contre le mandat. C'est de cette ratification qu'il est dit dans la loi romaine : *Ratihabitio mandato æquiparatur.*

Nous disons *sciemment*, parce qu'il ne suffit pas que je vous aie volontairement écrit une lettre dont les termes approuvent ce que vous avez fait ; il faut aussi que je n'aie pas été dans l'erreur sur ce qui en était l'objet ; n'en fussiez-vous pas cause, cette erreur vicierait le consentement et empêcherait toute ratification : *Ratificatio non valet si claram et specificam scientiam excessûs non habuerit ratificans.* (Casareg., Disc. 125, n°ˢ 4 et 5). Si donc, faussement persuadé que vous m'avez acheté du houblon, tandis que ce sont des avoines, je vous écris pour vous autoriser à tirer sur moi à la concurrence de ce qui vous est dû, point de ratification ; seulement à moi l'obligation de prouver mon erreur.

La ratification expresse n'est astreinte à aucune forme. Lettres missives, actes sous seings privés, écritures passées sur les livres, bordereaux, etc., tout a de l'efficacité si la preuve en résulte et que l'écrit soit personnel au ratifiant. Si la ratification est verbale, le juge de commerce peut toujours en admettre la preuve par témoins.

S'agit-il d'une ratification tacite, le principe est qu'elle se prouve par déduction de certains faits qui en font né-

cessairement présumer l'existence. Il est même évident qu'elle ne peut se prouver autrement : *Che poi il contratto, si possa provare e giustificare per mezzo di qualche atto necessario o consecutivo, che necessariamente lo presupponga, non se può in giure dubitare.* (Casaregis, Disc. 198, n° 6.) Le sort du litige dépend de la nature du fait et de la perspicacité du juge chargé de l'apprécier. C'est un jugement par jurés, où tout est prouvé pour qui la conviction est acquise.

Il est cependant quelques règles que le bon sens et l'assentiment général ont érigées en maximes de droit. Il est reçu, par exemple, que, si après avoir eu connaissance de ce qui a été fait ou géré pour moi, j'en continue la gestion, ou j'en profite, il s'ensuit l'équivalent tacite d'une ratification expresse. Tel est le cas où ayant appris l'achat fait pour moi d'un parti de dix hectolitres d'esprits, je vais en acquitter les droits aux contributions indirectes ; ou si je dispose en façon quelconque d'une partie de ces esprits ; parce que, approuver pour une partie, c'est approuver pour le tout : *Unus et idem actus non potest pro parte probari, pro parte reprobari* (Casareg., Disc. 78, n° 2), et telle est la force d'une pareille ratification qu'elle implique celle de toutes les conditions auxquelles le *negotiorum susceptor* a traité : *Actum acceptans censetur etiàm acceptàsse conditionem illi annexam* (Casareg., *ibid.*, n°s 11 et 21). La raison en est que l'erreur ne tombant point ici sur la substance de ce qui a été acheté, mais seulement sur les conditions de l'achat, le ratifiant doit s'imputer à faute de ne s'en être pas préalablement informé : *Quod quis suâ culpâ damnum sentit, non videtur damnum sentire.*

128. — C'est encore une maxime universellement ad-

mise dans le commerce, que, si, informé par lettre de ce qui a été fait pour vous, à votre insu, vous ne vous empressez de manifester votre improbation par quelque acte, ou par quelque écrit, vous êtes réputé avoir ratifié (Casaregis, Disc. 30). A plus forte raison, la ratification se déduit-elle d'une réponse sans désapprobation. Ainsi, lorsque, chargé de vendre vos marchandises au comptant, je vous annonce que, faute de trouver à mieux faire, je les ai vendues à trois mois de terme, si vous me répondez de vous en remettre le net produit ou d'en passer écriture à votre compte-courant, c'est une ratification de l'excès que j'ai commis dans l'exécution de mon mandat. On peut voir plusieurs analogies dans les nos 45 et suivants, où il est traité de la preuve du mandat tacite; il serait superflu de s'étendre ici davantage, parce que les moyens de prouver cette espèce de mandat sont les mêmes que ceux par lesquels on prouve la tacite ratification, et qu'il est de la nature de l'un et de l'autre de ne devoir l'existence qu'aux faits mêmes d'où s'en tire la preuve. Nous dirons seulement que le délai après lequel le silence peut être réputé approbation ne saurait être soumis à aucune règle absolue. L'équité exige que celui qui reçoit l'annonce d'une affaire faite pour lui à son insu, ait un temps raisonnable pour y réfléchir et prendre une détermination. Casaregis (Disc. 176, n° 35) cite plusieurs docteurs d'après lesquels le commerçant doit *incontinenti* (sans perte de courrier ou même d'occasion) *contradicere negotio per suum corresponsalem gesto; aliàs diceretur illud approbâsse;* mais il ajoute, n° 36 : *vel saltem, juxtà aliam veriorem opinionem, post tale tempus juxtà qualitatem negotii arbitrio judicis perpendendum intrà quod de re, vel negotio gesto per suum corresponsalem, se certiorem fieri, sibique consulere potuerit, an tale negotium sibi expedic-*

*bat*, (expediret) *nec ne acceptare* (1). C'est cette dernière opinion qui est homologuée dans les usages du commerce, comme la plus conforme à l'équité ; mais des protestations tardives ne peuvent détruire l'effet une fois produit par le silence, parce qu'il en résulte, pour le *negotiorum susceptor*, un droit acquis qui ne peut plus lui être ravi.

**129.** — Voyons maintenant les effets de la ratification entre le *negotiorum susceptor* et celui qui a ratifié.

D'abord, comme nous venons de le dire, le principe fondamental en cette matière est celui du droit romain : *ratihabitio mandato æquiparatur*. (L. 12, § 4, D. *De solut.*) Il est vrai qu'en général, les lois romaines n'ont plus en France d'autorité législative ; mais quant au mandat et à ses assimilations, le droit romain, lorsqu'il n'a rien de contraire aux usages reçus chez nous, fait règle pour tout ce qui n'a pas été prévu par la loi française. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation par un arrêt du 15 janvier 1812 (Sirey, t. 12, 113 ; Denevers, t. 11, 3). Or, dans l'art. 1998, ni dans aucune autre disposition de nos Codes, le législateur ne s'est pas plus occupé de définir la ratification, que d'en déterminer les effets. Il faut donc recourir aux principes généraux, et en voici un unanimement admis : c'est que, l'effet de la ratification étant de rendre propre au ratifiant ce qui a été fait pour lui sans

(1) Ce que Casaregis exprime dans une latinité barbare, Ulpien l'énonce en termes aussi élégants que précis : *Julianus ait interesse quandò dominus ratam habere deberet solutionem in procuratorem factam : an tum cùm primum certior factus esset ? hoc autem cum laxamento et amplitudine accipiendum, et cum spatio quodam temporis nec minimo nec maximo, et quod magis intellectu percipi quàm elocutione exprimi potest* (L. 12, D. *ratam rem*).

mandat ou au delà du mandat, l'opération ratifiée est réputée avoir été commise dans le principe au *negotiorum susceptor*, avec le pouvoir de la faire précisément comme il l'a faite. Ce principe est exposé avec autant d'énergie que de clarté, par Casaregis (Disc. 121, n° 12) et reproduit (Disc. 30, n° 71) : « *Sicuti mandanti non licet quod à mandatario ordine et mandato principalis gestum fuerit impugnare, ità excessum quem olim ratificatione confirmavit non potest reprobare, quià ratificatio et approbatio excessûs de jure æquiparatur manaato, et idem operatur, perindè ac si, in mandatario qui fines mandati excedit, mandatum adfuisset ad agendum id in quo mandatum prætergressus est.* »

C'est-à-dire que ce qui a été fait est censé n'être que la stricte exécution d'un mandat qui l'aurait précédé, *domino ratum habente actum perindè est ac si in excessu mandatum quoque præcessisset* (Casar., Disc. 38, n° 71).

130. — Maintenant, il faut ne pas perdre de vue ce qui a été dit chap. 2, n°s 44, 58, touchant la formation du contrat de commission, et se rappeler que le commissionnaire peut offrir ses services, comme le commettant les lui demander. C'est l'unique moyen de se bien expliquer tous les effets de la ratification.

Si, avant d'agir, je vous avais écrit de Rennes à Brest : Vous convient-il que j'achète pour vous deux cents mètres cubes de bois de construction, que les syndics de la faillite des sieurs Q. et G. font vendables en ce moment, et que vous m'eussiez répondu Je le veux bien, ce serait un contrat parfait de commission. Mais, au lieu de demander votre agrément préalable j'ai commencé par acheter, puis je vous ai annoncé l'achat et le prix ; si vous me répondez que j'ai bien fait, ou si vous restez

trop longtemps sans me répondre, voilà la ratification; dans ce cas, *ratihabitio mandato æquiparatur*. Ce principe repose sur la fiction que j'ai commencé par vous offrir mes services, et que je n'avais encore rien fait quand vous les avez acceptés, en un mot, que j'ai acheté muni de vos ordres.

Remarquons que la loi ne procède pas ici par voie de présomption, comme lorsqu'elle impose au véritable *negotiorum gestor* toutes les obligations d'un mandat exprès qu'il aurait reçu, sans lui en accorder tous les avantages.

131. — La raison en est que les présomptions n'ont pour objet que de suppléer à l'impossibilité de la preuve d'un fait douteux, et qu'à l'instant même où tout se règle entre le gérant et le maître, il est encore plus ou moins incertain que celui-ci eût donné un mandat s'il avait connu l'état de son affaire. Mais la règle *ratihabitio*, etc., ce n'est pas une présomption; c'est une fiction, et le propre des fictions légales est d'être, d'une part, ouvertement contraires à la vérité; de l'autre, manifestement conformes à ce qui est juste (1). Par exemple, dans l'espèce proposée, il est visiblement faux que je vous aie donné l'ordre d'acheter les deux cents mètres cubes de bois; mais la fiction que je vous l'ai donné n'est pas moins visiblement de toute équité. Cette fiction ne peut vous nuire, du moins contre votre volonté, puisque vous avez tout approuvé, en pleine connaissance de cause, *scienti et volenti non fit injuria*; et elle ne peut non plus injustement nuire à d'autres, parce que, comme nous le verrons tout à

(1) Fictio illa est quæ contrà veritatem inducitur; præsumptio verò quæ de re dubiâ fit (Menoch., *De præsumpt.*, l. 1, præs. 39), et fictio semper fundata est in aliquâ æquitate (*Ibid.*, n° 9).

l'heure, les fictions de droit n'ont d'effet que *salvo jure alieno*, ce qui signifie qu'elles n'opèrent jamais contre des droits acquis à des tiers avant la ratification. Il est donc très-juste que vous soyez censé avoir fait vous-même l'achat que je me suis ingéré de faire pour vous. Votre ratification s'identifie avec mon fait. Elle n'est pas un acte nouveau et différent ; c'est seulement la renonciation au droit que vous aviez de me désapprouver.

Ainsi présomption et fiction sont deux choses différentes, et les effets n'en sont pas tous les mêmes. La fiction est plus forte, car elle n'admet ni retour ni preuve contraire, tandis qu'en général il est de la nature de la présomption de céder à la vérité dès qu'elle est prouvée.

132. — Les effets de la fiction *ratihabitio*, etc., sont encore très-bien indiqués par Casaregis (Disc. 76, nos 3 et suiv.). Telle est, dit-il, le caractère de la ratification qu'elle rétroagit au jour du contrat, et qu'on la considère comme si le consentement du ratifiant était intervenu, dès le principe, dans la confection même de l'acte, et que le ratifiant eût été présent dans le temps et dans le lieu où l'affaire a été faite. *Talis est natura ratificationis, ut retrotrahatur ad diem actûs celebrati, et habeatur ac si consensus ratificantis à principio intervenisset in ipsius actûs confectione et ratificans præsens fuisset loco et tempore actûs gesti.*

133. — Le premier effet de la ratification est donc de transformer en un contrat de commission ce qui, dans le principe, n'était autre chose qu'un *engagement pour autrui*, et par conséquent de faire du *negotiorum susceptor* un véritable commissionnaire.

134. — A ce premier effet, se joint la rétroactivité de

la ratification, au lieu et au jour même de l'opération faite (1), double effet qui en produit plusieurs autres.

D'abord, de ce que la convention est réputée formée au lieu de l'opération, il s'ensuit que le juge de ce lieu peut, en certains cas, décider les contestations qui en naissent, ce qui n'est pas indifférent, sous le rapport de la compétence; il s'ensuit encore que le contrat est régi, en tout ce qui est de sa nature, par les usages du même lieu, tant pour les droits que pour les devoirs du commissionnaire. Ainsi, par exemple, s'il est de coutume, dans la localité, que le correspondant reste *du croire*, sans qu'il soit besoin de le stipuler, la provision lui en est acquise, avec le devoir corrélatif de répondre de l'insolvabilité des débiteurs et de la ponctualité du payement, et ainsi de tout ce qui se rapporte aux charges et aux avantages, quel que soit l'objet de la commission.

Secondement, de ce que le contrat est réputé formé au temps de l'opération, il s'ensuit que celui qui l'a faite a droit aux intérêts de ses déboursés, non du jour où il a été approuvé, mais de celui où il s'est constitué en avances; il s'ensuit encore que l'affaire ne lui ayant jamais appartenu, puisqu'elle était *in statu pendenti* jusqu'à la ratification, il est étranger à la perte, comme aux bénéfices qu'elle a donnés ou pourra donner, de même qu'elle périra pour le ratifiant, si elle vient à périr par cas fortuit, ou événement de force majeure.

135. — En un mot, tant que l'affaire reste circonscrite

(1) Ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa tempora reduci oportet in quibus contracta sunt. Justin. L. 25. C. *De don. int. vir. et ux.*

V. aussi les jurisconsultes Marcien, Paul, Ulpien. L. 16, § 1, D. 1, *De pigner.* — L. 7, D. *De pigner. act.* — L. 20, D. *De sen. maced.* — L. 56, D. *De judic.*

entre le ratifiant et le *negotiorum susceptor*, la maxime *ratificatio mandato æquiparatur* produit, quant aux droits et aux devoirs respectifs, le même effet qu'un mandat exprès qui aurait précédé l'opération approuvée. La seule différence entre la fiction et la réalité, c'est que, si le *negotiorum susceptor* eût effectivement offert ses services, avant d'agir, le contrat se serait formé au lieu de leur acceptation, tandis que, par l'effet de la fiction, c'est au lieu de son exécution, ce qui, comme on l'a dit, intéresse principalement la compétence, dont nous n'avons pas à nous occuper en ce moment. Mais la fiction n'a plus la même étendue, et la maxime *ratihabitio mandato æquiparatur* souffre une importante restriction, chaque fois que l'effet de la rétroactivité serait d'attenter à des droits acquis aux tierces personnes, leur condition ne pouvant jamais être rendue pire par la volonté de celui qui ratifie.

Par exemple, lorsque, après que j'ai fait assurer, sans ordre de vous, votre navire, il vient à sombrer, l'assureur ayant un droit acquis, dès le moment même du sinistre, à exciper de la nullité de l'assurance comme faite par une personne sans mandat ni intérêt au navire (*negotiorum susceptor*), ne peut perdre ce droit par votre ratification postérieure au sinistre, et, comme le dit Casaregis, *rebus non integris*. Il serait contre toute justice de vous laisser maître de profiter de l'assurance quand le navire se perd, et de ne pas payer la prime, lorsqu'il arrive à bon port.

Par exemple encore, au lieu de vous expédier, selon votre ordre, les six chevaux de votre entreprise de transport, je les vends et les livre, pour 6,000 fr. payés comptant, *en votre nom*, le 1[er] janvier, à Salomon ; ignorant ce que je me suis ingéré de faire, vous les vendez vous-même, le 2, livrables dans un mois, à Jacques, qui

les paye aussi comptant 6,000 fr.; puis le 5, vous tirez sur moi, et j'accepte une lettre de change de pareille somme, montant du net produit; le résultat de cette triple opération est celui-ci : D'abord, en tirant sur moi, vous m'avez aussi pleinement approuvé que si vous l'eussiez fait en propres termes; mais cette ratification ne peut nuire à Jacques, auquel vous avez cédé sur la marchandise votre droit de propriété que je n'avais pas le pouvoir de transférer à Salomon, et, comme, d'un autre côté, le droit de Jacques est un droit acquis, son achat étant du 2, et votre ratification du 5, Salomon est tenu ou de lui remettre les chevaux, s'il en est encore détenteur, ou, au cas contraire, de lui en payer le prix, sauf le recours de Salomon contre vous qui avez ratifié, et qui, par l'effet de votre ratification, êtes réputé lui avoir vendu et avoir reçu le prix de la vente; de mon côté, accepteur de votre traite, je retiens ce prix, à titre de provision, et, dans toutes ces hypothèses, il n'y a de perte pour personne.

Mais si vous avez fait faillite, Salomon, qui a un recours contre vous, aura droit à un dividende, et de plus une action contre moi qui lui ai vendu comme mandataire, sans avoir de mandat, et qui ne puis pas, comme le pourrait un tiers, exciper de la faute qu'il a commise, en suivant ma foi et en n'exigeant point la représentation du mandat qu'il devait me supposer, puisque je lui vendais en votre nom.

Il ne faut pas oublier que l'espèce suppose que j'ai vendu *en votre nom*; si je l'avais fait *dans le mien propre*, Salomon serait à l'abri de tout recours; car, bien que l'art. 2279, portant *qu'en fait de meubles la possession vaut titre*, ne m'en eût donné aucun à la propriété de vos marchandises, ni même le droit de les vendre sans votre ordre, ainsi qu'on le verra au chapitre des revendications,

néanmoins ma possession donnait à tout tiers qui en eût ignoré le vice, le droit d'en acquérir de moi la légitime propriété. Mais, du moment où c'est en votre nom que j'ai vendu, Salomon n'a jamais été propriétaire ; la raison en est qu'il n'a pu croire que je l'étais moi-même, ni que je fusse secrètement chargé de vendre sous mon nom, puisqu'en lui vendant au vôtre je lui déclarais équivalemment le contraire ; tout au plus a-t-il pu penser que j'avais mandat de vendre en votre nom ; alors il devait s'en assurer : en ne le faisant pas, il a commis une faute dont il doit supporter les effets ; et, s'il a sciemment traité avec un *negotiorum susceptor*, c'est de sa part une soumission volontaire à la nécessité d'une ratification valide. Sa possession n'était donc que conditionnelle, par conséquent précaire, et par suite de conséquence ne valant pas titre.

136. — Outre le cas que l'on vient d'examiner, et qui est celui d'une véritable revendication, il peut se trouver des tiers ayant quelque droit d'être préférés à d'autres tiers sur la chose dont un *negotiorum susceptor* ou même le propriétaire aurait disposé (art. 2095 C. civ.). Nous en avons déjà dit un mot, n° 131. C'est ce qu'on appelle en jurisprudence un droit *personnel* (*privilegium*), parce qu'étant, en quelque sorte, par rapport aux biens meubles, ce que l'hypothèque est à l'égard des immeubles, il en résulte, au profit du tiers privilégié, un droit de suite sur la chose affectée au privilége, par exception au principe général d'après lequel les meubles n'ont pas de suite.

Mais il est évident que les créanciers antérieurs à la ratification sont seuls recevables à s'en plaindre ; les créanciers postérieurs ne le peuvent jamais, hors le cas extraordinaire dont on parlera tout à l'heure. En effet, ceux qui n'ont traité avec le propriétaire que depuis sa

ratification donnée, seraient forcés par la loi de respecter l'acte ratifié, si ce propriétaire eût agi en personne. Or, en vertu de la fiction, il est réputé l'avoir fait, puisque la ratification équivaut à mandat, et que le mandant est censé avoir opéré lui-même; *qui mandat fecisse videtur.*

Mais ceux qui ont des droits *personnels* (*privilegia*) antérieurs à la ratification, auraient pu attaquer l'acte personnellement fait par le propriétaire, et il est conséquent qu'ils puissent, à plus forte raison, attaquer l'approbation qu'il a donnée à ce qu'a fait un agent sans qualité.

Il est donc certain, par exemple, que, si je vous avais loué, en janvier, le magasin dans lequel sont déposés les agrès et apparaux de votre navire, la ratification que vous donneriez, en avril, à la vente qu'en aurait faite un *negotiorum susceptor*, ne produirait aucun effet contre mon privilége. Pareillement, si, pour sûreté des avances que vous faites comme son commissionnaire, Pierre vous a donné, du consentement de sa femme, une hypothèque sur des immeubles propres de celle-ci, et que Pierre et sa femme viennent ensuite à reconnaître la validité d'une précédente inscription prise sur les mêmes biens, mais consentie par le mari seul, cette reconnaissance ne saurait anéantir l'effet de votre inscription, encore bien qu'elle soit postérieure à l'autre. Il en serait de même, si, le 1er mai, Salomon, se constituant *negotiorum susceptor* de Paul, vendait la récolte des foins de celui-ci à Jacques, et que Paul, vous l'ayant vendue le 1er juin, ratifiât ensuite le marché fait entre Salomon et Jacques; cette ratification ne peut préjudicier à vos droits.

137. — Quant au cas extraordinaire que nous avons annoncé, c'est celui de l'art. 1167 du Code civil, qui donne à

tous créanciers indistinctement le droit d'attaquer en leur nom personnel tous actes quelconques faits par leur débiteur, en fraude de leurs droits, et, par conséquent, une ratification ; mais cette action révocatoire offre des difficultés que n'a pas celle qui se fonde sur des droits *personnels* (*privilegia*). D'abord c'est aux créanciers à prouver la fraude, parce qu'elle ne se présume pas ; en second lieu, si le ratifiant n'est pas en faillite, le tiers détenteur peut le forcer à la discussion préalable des autres biens de leur débiteur, seul moyen de constater légalement son insolvabilité. Enfin il ne suffit pas de prouver qu'il y a fraude de la part de celui qui a ratifié, ou, ce qui reviendrait à la même chose, de la part du *negot. susceptor* approuvé *ex post facto*, il faut la prouver aussi de la part du tiers attaqué ; sans tout cela, l'action révocatoire ne saurait réussir, parce que, quelque favorables qu'on veuille supposer les créanciers, le tiers qui a traité de bonne foi l'est, à coup sûr, autant, s'il ne l'est pas davantage, et que d'ailleurs, entre deux parties dont il faut que l'une perde, leur droit parût-il égal, il est naturel que la possession l'emporte ; c'est ce qu'exprime la règle *In pari causâ, melior est causa possidentis.*

**138.** — Ce n'est pas seulement à la demande des tiers intéressés, selon les distinctions qui viennent d'être faites entre eux, que la ratification peut être révoquée. Le ratifiant peut aussi la révoquer ; d'abord, comme l'a vu, n° **127**, pour cause de quelque erreur de nature à vicier son consentement, et quelquefois même par un simple acte de sa volonté ; mais, dans ce dernier cas, pourquoi le peut-il, et quand ?

Il le peut, parce qu'au moment où il ratifie, ce qui se passe entre lui et le *negotiorum susceptor* n'est, en vertu

de la fiction *ratihabitio*, etc., autre chose que ce qu'on pourrait dire un contrat de commission *ordine verso*, qui aurait commencé par les offres de services du commissionnaire, et serait achevé par l'acceptation du commettant.

Or, en substituant la vérité à la fiction, il est certain qu'après avoir accepté des offres, nous pouvons révoquer notre acceptation tant qu'elle reste inconnue à celui qui les a faites, comme nous pouvons empêcher que la commission ne se forme, en révoquant une demande de services que le correspondant ne connaît pas encore. Or, sans le concours des volontés, point de contrat, et nul concours possible, si l'un des correspondants ignore celle de l'autre (V. chap. 2, n° 58.)

139. — Mais l'application du principe exige une distinction.

Si c'est au nom du ratifiant que l'affaire a été faite avec le tiers, la révocation n'a d'efficacité qu'autant que la ratification est également ignorée du *negotiorum susceptor* et de ce tiers lui-même, car si la connaissance en est parvenue à celui-ci, il y a eu concours de volontés sur un même acte, lequel ne peut être ratifié pour l'un qu'il ne le soit, par cela même et en même temps, pour l'autre.

Si le *negotiorum susceptor* a traité en son propre nom, l'effet de la révocation en temps opportun est que l'affaire reste pour son compte, quand bien même le tiers aurait eu connaissance de la ratification avant qu'elle ne fût révoquée, parce que ce tiers est entièrement étranger au ratifiant.

140. — De son côté, le *negotiorum susceptor*, qui a annoncé à quelqu'un avoir fait pour celui-ci telle ou telle

affaire, peut révoquer cette annonce, et garder pour lui l'affaire qu'il a faite, tant qu'elle n'est pas acceptée; de même que, s'il avait fait des offres de services avant d'agir, il pouvait les révoquer avant leur acceptation ; mais, à son égard, il faut aussi distinguer :

Si le *negotiorum susceptor* a traité dans le nom du correspondant, et que celui-ci ait fait connaître sa ratification au tiers avant la révocation des offres, cette révocation est inutile, par la raison fort simple et déjà dite, que l'acte ne saurait être ratifié pour l'un sans l'être virtuellement pour l'autre.

141. — Enfin, telle est l'analogie de la ratification avec le mandat que, comme et dans le cas où le consentement de l'une ou de l'autre des parties peut être révoqué, s'il s'agit d'un mandat réel, de même, leur consentement peut être révoqué, s'il s'agit d'une ratification. Par exemple, quand je vous mande de m'acheter dix tonneaux de tel vin, il n'est pas nécessaire que je connaisse votre acceptation ; ce contrat se forme par vos seuls agissements, parce que, comme vous connaissez ma volonté, vous savez tout ce qu'il faut savoir pour y conformer la vôtre.

Au contraire, si c'est vous qui m'offrez d'acheter pour moi les dix tonneaux, le contrat ne se formera que quand vous saurez mon intention qu'on les achète, parce que, tant que ma volonté ne vous est pas connue, vous ignorez s'il y a conformité entre elle et la vôtre. Il en est de même en matière de ratification ; si le *negotiorum susceptor* l'ignore, la révocation la détruit.

Au contraire, l'acceptation du ratifiant peut résulter d'un fait inconnu au *negotiorum susceptor*. Quand je vous annonce que j'ai acheté pour vous dix tonneaux de vin,

si vous envoyez un navire pour en exécuter le transport, la ratification existe du moment que vous avez fait partir ce navire, quoique je n'en connaisse point le départ ; car sachant ce que j'avais fait pour vous, votre volonté a pu concourir avec la mienne, en se manifestant par un acte extérieur dont il n'était pas nécessaire que je fusse informé pour la perfection du contrat ; je ne puis donc plus révoquer utilement mes offres ; au contraire, vous pourriez rappeler votre navire, comme retirer de la poste ou contremander une ratification écrite qui ne me serait pas encore parvenue.

Nous ne nous étendrons pas ici davantage, parce qu'on peut voir, au chapitre de la preuve, l'application des mêmes principes au cas du mandat tacite.

142. — M. Toullier (t. 2, n^os 921, 922; t. 11, n° 15) blâme sévèrement les fictions de droit. Suivant lui, toutes sont inutiles, et c'est leur moindre défaut. Elles sont, en outre, *un signe d'impuissance et de faiblesse; la loi, obligatoire pour tous les sujets, ne feint rien, elle commande; legis virtus hoc est imperare*, etc. Mais n'y aurait-il pas quelque exagération dans ces reproches ? Sans doute il est de la loi de commander, et du devoir de tous de lui obéir, mais elle ne commande plus par la volonté d'un seul homme comme au temps de Justinien, qui disait de son Digeste : Ceci est le droit, *hoc est jus* ; et de ses lois : C'est de moi qu'elles tirent leur autorité, *ex nobis, omnis eis impertietur auctoritas* (§ 6, *De conceptione Dig.*). Chez nous, l'obéissance est intelligente, et la loi elle-même a besoin que tous puissent se convaincre de sa conformité avec la raison et la justice. Là est sa force vitale ; il n'est point en son pouvoir d'anéantir un fait consommé ; elle peut seulement en régler les conséquences ; mais com-

ment le faire, si elle ne se fonde tantôt sur les présomptions, tantôt sur les fictions, lorsqu'il s'agit d'un fait licite qui n'a été l'objet d'aucun commandement de sa part, ni d'aucune convention antérieure à sa consommation? Par exemple, comme elle ne dit nulle part ce qu'est la ratification dont parle l'art. 1998, ni en quoi ses effets consistent, il n'y a que la fiction qui puisse faire comprendre que tout est raisonnable et juste dans sa rétroactivité et dans les conséquences qui en dérivent. Otez ce secours aux interprètes, et nul n'expliquera le jeu des abstractions dont la matière est hérissée.

Ce n'est encore qu'à la faveur de la fiction que l'esprit se rend compte des effets de la mort civile et d'un partage qui fait qu'après avoir été copropriétaire d'un tout, l'héritier finit par n'avoir jamais eu que la propriété d'une quote-part (art. 883 C. civ.); enfin, une société *en nom collectif*, personne morale ayant une volonté, des biens, des dettes, des créances et un domicile qui lui sont propres, qu'est-ce autre chose qu'un être de raison (*corpus mysticum*), une pure fiction, sans laquelle on ne saurait dire, ni pourquoi le créancier de l'associé ne l'est point de la société, ni comment les associés peuvent être en faillite, sans que la société y soit, ni enfin par quel prestige la dette ou la créance d'un commissionnaire peuvent se compenser avec le prix d'une chose qui ne lui appartient, ni avant de la vendre, ni après l'avoir achetée.

Ne proscrivons donc pas en masse les fictions de droit (1); mais, parce qu'il est de leur nature de produire

(1) « Elles existent à titre de nécessités intellectuelles, de nécessi-« tés de langage, de nécessités de législation et de doctrine.

« Ainsi, pour emprunter le langage élégant de Hauteserre, la loi « ne prendrait le chemin de la fiction que pour arriver plus sûre-

les mêmes effets que la réalité, toute fiction inutile est dangereuse en ce qu'elle couvre nécessairement le germe de quelque conséquence fausse.

143. — M. Toullier a donc pu reprocher à Pothier de feindre un mandat dans la formation des engagements réciproques du gérant et du maître. Ce n'est point parce que la loi peut commander tout ce qu'il lui plaît, mais par la raison que le droit romain lui-même, sur lequel Pothier prétend appuyer sa doctrine, n'introduisait rien de fictif dans la formation de ces sortes d'engagements. Ce qui le prouve, c'est que l'action *negotiorum gestorum* était une action *sui generis*, très-distincte de celle du mandat. La fiction n'avait lieu qu'au cas de la ratification, et alors elle produisait tous les effets d'un pouvoir antérieur au fait approuvé, soit de l'administration d'une affaire appartenant déjà au maître, soit d'une affaire toute nouvelle faite ou entreprise pour le ratifiant et à son insu. Car le mot *intervenire* de la loi 60, D. *De reg. jur.*, embrasse dans sa généralité toutes sortes d'affaires indistinctement : *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare videtur.* Voilà la *présomption* d'un mandat tacite, *dans le temps même où se fait l'affaire;* mais, continue Ulpien : *Si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione.*

Voilà la *fiction* d'un mandat, dans la ratification d'une affaire, quelle qu'elle soit, que le ratifiant n'a connue *qu'a-*

« ment et plus vite au sanctuaire de cette justice qui est sa vérité à « elle, comme le navigateur habile se sert des vents contraires pour « gagner le port dont ils semblent le repousser. » (*Le Droit dans ses maximes*, par M. Duval, ancien procureur du roi à Brest. )

Il est une fiction dont nous votons l'abolition, celle de la mort civile (V. art. 25 et suiv. C. civ.)

*près qu'elle a été faite.* L'opposition d'un cas à l'autre est si marquée qu'il n'y a pas à s'y méprendre. Vient ensuite l'application du principe : *sed etsi non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit; rati enim habitio mandato comparatur* (L. 12, § 4, D. *De solut.*).

Telle était la puissance de cette fiction qu'elle s'étendait jusqu'aux quasi-délits et aux délits (*maleficia*) ; car, dans la loi 1, § 14, D. *De vi armat.*, Ulpien assimile encore la ratification au mandat, lorsque quelqu'un approuve l'acte de celui qui a violemment dépossédé un autre, *rectiùs enim dicetur in maleficio ratihabitionem mandato comparari.* Dans tous ces cas, et dans d'autres dont les espèces se trouvent en la loi 14, § 12; D. *Condict. caus. dat.*, et en la loi 7, § 14, D. *De sen. macedon.*, c'est par l'action du mandat que le ratifiant est tenu, *obstringitur mandati actione.* L'action *negotiorum gestorum* n'était donnée que dans le cas où le maître ne ratifiait pas la gestion d'une affaire qui lui appartenait dès avant cette gestion (1), et il en est encore de même en France. Car nul motif de ne point appliquer la fiction du mandat au cas

(1) On trouve cependant au Digeste quelques lois qui, malgré la ratification, donnent dans ce cas l'action *negot. gestor.* V. loi 9, D. *Negot. gest.*, empruntée à Scævola. La fiction dont il s'agit a été un objet de controverse parmi les jurisconsultes romains (V. loi 60, *Reg. jur.*, tirée d'Ulpien, lib. 10 *Disputationum*). Dans ces discussions, on dut remarquer que la position d'un gérant approuvé n'est ni celle d'un gérant qui ne l'est pas, ni celle d'un véritable mandataire, mais qu'elle a plus d'affinité avec la seconde qu'avec la première. Car, à part cette différence qu'il ne saurait y avoir mandat, puisque l'affaire n'est plus à gérer, dès que la ratification intervient, la condition du gérant approuvé et celle du mandataire s'identifient. Dès lors l'action (*utilis*) *mandati* a dû prévaloir sur l'action *negot. gestor.*, et Ulpien l'a consacrée en disant : *Si quis ratum habuerit*, etc.

d'un maître qui ratifie les contrats d'un *negotiorum gestor;* c'est une juste déduction de l'art. 1998.

D'après les textes cités, il n'était donc pas besoin, même sous notre ancienne législation, d'imaginer la fiction d'un mandat pour la formation du quasi-contrat *neg. gest.;* autre chose, on vient de le voir, était l'action qui en résultait, autre chose l'action *mandati.* Ce n'est pas la loi qui en a fait la confusion. Ce sont les interprètes, notamment Heineccius, dont Pothier a suivi l'erreur.

144. — La loi française ne feint rien non plus relativement au quasi-contrat de gestion. Quand l'art. 1372 dit que *le gérant se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire*, il eût, à la vérité, mieux valu dire : *le gérant est soumis*, etc. Mais, malgré cette légère inexactitude, ce n'est point là une fiction, c'est un commandement. La preuve en est dans l'observation déjà faite que le gérant n'a pas tous les avantages, ni par conséquent le maître toutes les obligations qui résultent du mandat; et, pour n'ajouter qu'une seule chose à ce que nous avons dit précédemment, le mandant est tenu d'indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable (art. 2000 C. civ.), et c'est à quoi ne peut prétendre un *negotiorum gestor;* on a vu la raison de cette différence n° 45. Mais il n'en est pas de même d'un *negotiorum susceptor*, dont les actes sont approuvés, pourvu que le ratifiant ait connu la perte avant la ratification, parce que l'assimilation de celle-ci au mandat étant parfaite en tous points, il ne peut y avoir lieu à aucune différence dans les effets : *Tantùm operatur fictio in casu fictitio, quantùm veritas in casu vero.*

---

## CHAPITRE QUATRIÈME

### Application, au contrat de commission, des principes généraux sur la preuve des conventions.

### § 1

DE LA PREUVE PAR L'ACTE PUBLIC, PAR L'ACTE SOUS SIGNATURE PRIVÉE, PAR LE BORDEREAU D'UN COURTIER OU D'UN AGENT DE CHANGE, PAR LA FACTURE ACCEPTÉE.

SOMMAIRE.

145. Ce qui est preuve en matière de vente l'est aussi en matière de commission; solution analogique tirée de l'article 109 du Code de commerce.

146. La commission notariée n'est qu'un accident rare; néanmoins elle peut se rencontrer; exemple.

147. L'usage d'une commission par acte sous seing privé n'est aussi qu'un accident; espèce particulière où l'acte, soit sous seing privé, soit notarié, devient indispensable.

148. Quand et comment on peut prouver, par la représentation d'un bordereau, le fait allégué ou contesté d'une commission; distinction du cas où le commissionnaire agit en son propre nom, et du cas où il agit au nom d'autrui.

149. Espèce où la commission peut être prouvée par le bordereau aussi directement qu'une vente, qu'un marché quelconque.

150. La preuve par facture convient à la commission comme à la vente ; exemples ; cas dans lequel la facture est la procuration du commettant, et sa remise au commissionnaire, l'acceptation du mandat.

151. L'effet de la fiction que la facture représente la marchandise n'a pas lieu entre le commettant et le commissionnaire ; elle n'opère qu'entre les mains de celui auquel elle est vendue ; si après envoi d'une facture à un comsionnaire non autorisé à vendre sur facture la marchandise n'arrive pas, il n'y a pas eu de mandat ; mais envoyer à un commerçant une facture de marchandises achetées pour son compte, c'est le constituer en droit d'en exiger la livraison ; entre ses mains, une telle facture représente la marchandise.

**145.**—Les différents moyens de constater les ventes et achats sont énumérés dans l'art. 109 du Code de commerce ; il en est d'autres encore que cet article n'exprime pas. Or, quant à la preuve, nulle différence entre la commission et la vente, parce que l'un et l'autre contrat est du droit des gens, intéressé de part et d'autre, et tenant sa perfection du seul consentement. Ce qui est preuve en fait de vente, l'est donc aussi en fait de commission. Le bon sens n'admet pas deux décisions contraires là où se trouve même raison de décider : *ubi eadem ratio, ibi et idem jus.*

Une conséquence de ce principe, c'est que l'art. 109 s'applique, par analogie, à tous engagements commerciaux qu'une disposition spéciale ne soumet pas à un mode particulier de constatation. Par exemple, le louage d'un navire, le contrat d'assurance, et en général celui de société (du moins respectivement aux associés entre eux),

ne peuvent se prouver autrement que par écrit (art. 39, 40, 273, 311, 321 C. comm.). Il en est ainsi de la lettre de change, du billet à ordre, de l'acceptation, de l'endossement et de quelques autres contrats à l'usage du commerce. Mais s'il s'agit de conventions dont la validité et la preuve ne sont subordonnées ni à l'écriture ni à aucune autre formalité, la loi s'en rapporte virtuellement aux règles tracées pour le contrat de vente, évidemment analogue, sous ce point de vue, à tous les contrats du droit naturel.

Il a été amplement traité, t. 1, p. 225 et suiv., des modes de preuves, soit communs au Code civil et au Code de commerce, soit propres à ce dernier.

De ces modes, il en est qui n'offrent rien de particulier dans leur application au contrat de commission, *v. g.*, la preuve par témoins, les présomptions, le serment. Nous n'ajouterons rien à ce qui a été dit.

D'autres, tels que l'acte public et l'acte sous signature privée ne peuvent être, en cette matière, que des accidents ; nous n'en dirons qu'un mot.

Le bordereau du courtier et la facture acceptée peuvent aussi, en certaines circonstances, opérer une preuve ; ils seront l'objet d'un court examen.

C'est sur la correspondance que nous devons insister ; car c'est ordinairement par la correspondance que se forme et se constate le contrat de commission.

146. - Le principal but de l'institution des commissionnaires étant de faciliter au loin les transactions commerciales, en donnant au commettant un moyen d'opérer dans les lieux où il n'est pas, avec autant et souvent plus d'avantage et de promptitude que s'il y était en personne, rarement doit-on avoir des commissions par acte nota-

rié; vu la nature de l'objet du contrat, c'est presque toujours entre absents qu'il se forme.

Cependant il se peut que des circonstances particulières déterminent les contractants à préférer ce mode de constater leurs engagements. On conçoit, en effet, qu'un commissionnaire ne veuille pas se constituer en avances considérables, sans un mandat hypothécaire qui lui en garantisse la rentrée, et que, de son côté, le commettant ait un juste sujet de s'assurer, par la même précaution, la fidèle exécution de son mandat. Si les parties sont présentes, tout peut se régler par un même acte ; au cas contraire, le commettant, dans le lieu où il se trouve, donne son mandat par un acte notarié ; le commissionnaire fait constater son acceptation par le même moyen, au lieu de sa résidence. La réunion des deux actes fait preuve complète de la convention. On a autrefois révoqué en doute si, par de tels mandats, des immeubles pouvaient être hypothéqués à la sûreté d'avances qui n'étaient pas encore faites. Mais il n'y a plus d'incertitude sur la validité de ces inscriptions hypothécaires.

147. — L'usage de la commission par un acte sous seing privé, proprement dit, n'est pas plus fréquent que celui du mandat notarié. Rien cependant n'empêche d'employer ce mode de constatation pour toutes sortes de commissions indistinctement. Il en est même une, d'une espèce particulière, où l'acte sous signature privée devient indispensable, si l'on n'a recours à l'acte notarié : c'est lorsque, le commettant et le commissionnaire ayant un même domicile, la marchandise à consigner est déjà sur les lieux quand le contrat se forme. Dans ce cas, le commissionnaire n'obtient de privilége qu'autant qu'il s'est conformé à l'art. 2074 du Code civil, ce qu'il ne peut

faire à moins d'un acte notarié ou d'un acte sous seing privé, dûment enregistré. C'est le prescrit de l'art. 95 du Code de commerce.

148. — Comment et pourquoi, les bordereaux d'une vente ou d'un marché étant signés des contractants, et la vérité de leur signature étant attestée, la production de l'un des bordereaux est une preuve incontestable de la convention, c'est ce qui a été amplement expliqué, t. 1er, p. 250 et suiv.

Mais bien plus grande est la difficulté de prouver par la représentation d'un bordereau que tel ou tel marché a été passé en exécution d'un mandat. Lorsque de votre ordre (verbal, il faut le supposer, et le cas n'est pas rare), j'ai acheté, par l'entremise d'un courtier, *v. g.*, 300 sacs de riz, si, trouvant l'opération avantageuse, j'ai l'improbité de vouloir me l'approprier, ou si, jugeant qu'elle donnera de la perte, vous avez la mauvaise foi de vouloir la laisser à mon compte, encore bien que j'aie réellement exécuté votre mandat, le fait seul de cette exécution ne prouvera pas que vous l'avez donné, et il peut se faire que le bordereau ne le prouve pas davantage. Il le prouvera même assez rarement, mais enfin il n'est pas impossible qu'il le prouve. D'ailleurs les moyens de preuve énumérés dans l'art. 109, loin de s'entre-exclure, peuvent se fortifier mutuellement, et suppléer les uns à l'absence ou à l'insuffisance des autres. Ce qui est à examiner en ce moment doit donc être ainsi résumé :

Si une commission est contestée, ou que le client d'un courtier soutienne ou dénie avoir agi en qualité de commissionnaire, quand et comment peut-on prouver le fait allégué ou contesté ?

L'existence de la commission peut être contestée, ou

soutenue selon l'occurrence et la diversité des intérêts, ou par le commettant, ou par le commissionnaire, ou par le tiers avec lequel le commissionnaire a traité.

Mais, avant tout, distinguons le cas où le commissionnaire a traité en son propre nom, du cas où il a agi au nom d'une personne, en vertu d'un mandat qu'il prétend ou qu'on lui conteste avoir été donné par elle.

Si je soutiens, contre la dénégation de Jacques, avoir acheté pour son ordre, *v. g.*, 200 caisses de savon de Marseille, dont j'ai fait l'achat en mon propre nom, par l'entremise d'un courtier, il est clair que le bordereau, tel que la loi l'exige, ne peut faire preuve, en ma faveur, de la prétendue commission, puisque le cas suppose que je n'ai nommé personne. Le livre du courtier ne le prouvera pas non plus, car il ne doit être que la fidèle reproduction du contenu au bordereau ; son témoignage sera lui-même tout aussi inutile, s'il ne sait autre chose que ce qui s'est passé lors de l'opération ; et il en sera absolument de même si c'est Jacques qui, contre ma dénégation, soutient que j'ai acheté pour son compte.

Mais, si j'ai dit agir au nom et par le mandat de Jacques, et que le bordereau le porte, fera-t-il preuve, et pour qui ? Il est clair encore que ce ne peut être en ma faveur, car l'énonciation d'avoir agi pour compte et par ordre de Jacques n'est pas son fait ; c'est uniquement le mien, et nul n'est reçu à prouver pour lui-même par son propre témoignage.

Si, au contraire, trouvant l'opération lucrative et voulant la garder pour moi, je dénie avoir acheté par le mandat de Jacques, je n'aurai garde de produire le bordereau. Mais, quoique Jacques n'en ait point un de son côté, il lui reste une ressource ; le juge peut ordonner au courtier de représenter son livre. Quelle foi sera due à ce

livre? C'est ce que nous avons dit, t. 1, nº 148. Mais il peut arriver encore, si je tombe en faillite, que la justice constate l'existence, parmi mes papiers, du bordereau que Jacques ne pouvait avoir, et ce bordereau fera si bien preuve contre moi et mes créanciers que, si les 200 caisses de savon sont encore dans mes magasins, Jacques est en droit de les revendiquer.

Enfin, si le tiers qui m'a vendu n'est pas payé, sa position est absolument la même que la mienne, au cas où Jacques, trouvant l'opération mauvaise, veuille la laisser au compte de ma faillite, en déniant le mandat oral qu'il m'avait donné. Le bordereau de ce tiers prouvera bien que je lui ai déclaré agir d'ordre et pour compte de Jacques, mais il ne prouvera pas que Jacques m'ait donné mandat, et il en serait de même du livre du courtier et de son témoignage.

149. — Mais il est un cas où la commission peut être prouvée par le bordereau, aussi directement et avec la même facilité qu'une vente, un affrétement ou tous autres marchés susceptibles de tomber en courtage, et traités personnellement par ceux qu'ils intéressent. Par exemple, lorsque, cultivateur de cafés à la Martinique, et m'étant rendu à Nantes pour mes affaires, je charge un courtier de me trouver, à des conditions que je lui indique, *v. g.*, de me faire une avance de 50,000 fr., un négociant qui veuille accepter la consignation et faire la vente des produits de ma culture, si je traite avec ce négociant par l'entremise du courtier qui constate notre accord, son bordereau fera évidemment foi de la commission convenue.

150. — Lorsque je vous envoie une facture avec la

proposition de vous vendre la marchandise qu'elle mentionne, si vous la gardez sans me répondre, vous me donnez, d'après les usages du commerce, le droit de la tenir pour acceptée. C'est sous ce dernier rapport que la preuve par facture convient à la commission aussi bien qu'à la vente, et la raison en est claire.

Dans l'espèce d'une vente, la livraison prise fait présumer nécessairement l'existence antérieure du contrat dont elle est l'exécution ; de même, dans l'espèce d'une commission, l'acceptation d'une facture qui n'en peut être que la suite, en implique l'existence, et en est la preuve. Si je vous expédie facture d'articles à vendre pour mon compte, et que vous la gardiez silencieusement, vous acceptez virtuellement le mandat ; et c'est encore en fournir la preuve que de recevoir, sans protestation, la facture que je vous adresse d'effets achetés de votre ordre et pour votre compte. N'y eût-il pas de mandat, cette acceptation tacite ratifierait l'opération que j'aurais faite comme *negotiorum susceptor*. Après tout, en fait de commission comme en fait de vente, ce n'est pas seulement du silence gardé sur une facture que peut résulter son acceptation ; rien n'empêche que le juge n'en permette la preuve par témoins ; elle peut aussi résulter de la correspondance ou de la mention qui en aurait été faite sur les livres.

Quelquefois la facture n'est que la procuration du commettant, et la remise qui en est faite au commissionnaire sert d'acceptation. Alors toute la preuve du contrat est dans la facture même. Je fais une pacotille qu'un capitaine de navire se charge de vendre, et je lui en remets la facture, qui porte en outre : *Retour en cuirs de Buenos-Ayres.* Dans cette espèce, la facture est le titre du double mandat d'acheter et de vendre. Au moyen du reçu que

j'en aurai retiré du capitaine, elle fera preuve pour et contre moi de toutes les conditions que j'y aurai insérées.

151. — Lorsqu'une facture acceptée sert à constater une commission, inutile de dire qu'alors cesse tout l'effet de la tradition symbolique dont il a été parlé t. 1, nº 160. Dans ce cas, plus de fiction; le seul objet livré, c'est la facture elle-même, et de vous à moi, si je tombe en faillite, cette livraison n'est qu'un dépôt. Ce n'est qu'entre les mains de celui à qui vous l'aurez vendue qu'elle tiendra lieu de la tradition des marchandises. Par conséquent, lorsque, sans vous autoriser à vendre sur facture, je vous en adresse une en vous annonçant le prochain envoi des marchandises qu'elle mentionne, si les marchandises ne vous arrivent pas, il ne sera intervenu entre nous aucun contrat de commission, l'essence de ce contrat exigeant une chose à faire. En tout cas, le non-envoi des marchandises serait une révocation du mandat, *rebus integris*, sauf l'indemnité des dépenses et de tout préjudice que je vous aurais occasionnés. Mais si vous m'avez envoyé et que j'aie accepté une facture de marchandises achetées pour mon compte, même sans mon ordre, j'ai action contre vous pour obtenir livraison de ces marchandises aux prix et conditions portés dans la facture. C'est un titre qui, en mes mains, représente la marchandise que j'ai chez vous, et en vertu de ce titre, je puis valablement fournir une facture de vente à un acheteur entre les mains duquel cette facture représentera la marchandise achetée pour mon compte.

---

## § II

### DE LA PREUVE PAR LA CORRESPONDANCE DES PARTIES.

SOMMAIRE.

152. Le mode usuel de constater la commission est la correspondance; la proposition et l'acceptation étant conformes, la production des deux lettres fait preuve du contrat.
153. Cette preuve peut même résulter d'une seule de ces missives, *v. g.*, de la missive d'ordre aux mains du commissionnaire, ou de la missive d'acceptation aux mains du commettant.
154. Indépendamment de toute acceptation écrite, la commission se prouve par des agissements conformes à la lettre qui les provoque.
155. Dans le droit civil, comme dans le droit commercial, l'acceptation tacite s'induit des faits; mais, en général, selon le droit civil, on n'est pas tenu d'informer le mandant du refus de se charger de l'affaire; *secùs* dans le commerce.
156. Quant à la formation du contrat, il est indifférent lequel du commettant ou du commissionnaire aura pris l'initiative; mais, quant à la preuve, il peut y avoir une différence.
157. L'acceptation des offres du commissionnaire, comme l'acceptation du mandat lui-même, peut n'être que tacite; exemples.
158. Le silence gardé sur une lettre d'ordre engage la responsabilité de celui qui l'a reçue; il n'en est pas de même du silence gardé sur une lettre d'offres; la raison.

159. Si, *negotiorum susceptor*, je vous annonce par lettre avoir fait une affaire que vous agréez aussi par lettre, la preuve de ce contrat de commission *ordine verso* est faite par la production des deux lettres; elle peut même résulter de la seule lettre d'approbation.

160. C'est une règle entre commerçants de répondre à une lettre reçue, lorsque le silence gardé peut causer préjudice à l'auteur de cette lettre; espèce où le contrat de commission ne se forme pas, faute du concours des volontés; mais il y a action en indemnité en prouvant la réception de la lettre d'annonce.

161. Lorsque après avoir fait une chose pour autrui, celui qui l'a faite ne reçoit pas de réponse, il est en droit de déclarer qu'il tient, *v. g.*, l'achat fait pour son compte; c'est aussi le droit du commissionnaire qui a outre-passé son mandat; espèce, solution et observations.

162. Pour empêcher la formation du contrat, il suffit d'un changement de volonté parvenu en temps utile à l'autre partie; mais un changement de volonté peut n'être pas toujours arbitraire, et les choses peuvent n'être plus entières; y a-t-il preuve du contrat? s'est-il formé? est-il résoluble, ou bien l'inexécution donne-t-elle lieu à des dommages-intérêts? Ces difficultés éclaircies par des exemples.

163. Exemple d'une espèce où le contrat s'est formé, et où la preuve s'en trouve dans la missive d'ordre et dans la missive d'acceptation; le contrat, quoique parfait, est résoluble d'un côté.

164. Exemple d'une espèce où le contrat ne s'est formé ni par le fait de l'achat ni par la correspondance; différence entre cette espèce et la précédente; une supposition, et conséquence qui en fût résultée.

165. Exemple d'une espèce où le commissionnaire et le commettant étant présents au même lieu, et le premier proposant au second de vive voix l'achat d'un navire, celui-ci répond aussi de vive voix qu'après réflexion il lui écrira de tel endroit et lui écrit quelques jours après; jusqu'à quel moment l'un peut retirer ses offres, l'autre son acceptation; quand le contrat devient parfait.

152. — L'acte sous seing privé proprement dit, c'est-à-dire l'acte contenant en un seul contexte la proposition et l'acceptation du mandat, n'a dû être l'objet que de courtes observations; ce mode de preuve n'est guère usité même entre personnes présentes, sauf le cas ci-dessus mentionné de l'art. 95 du Code de commerce. Toujours entre absents, souvent même entre présents, la commission se forme et se constate par deux missives distinctes dont chacune ne porte que la signature de son confectionnaire. C'est ce qui s'appelle traiter par correspondance.

Que le commettant ou le commissionnaire ait pris l'initiative, il n'importe; dès que les volontés sont d'accord, le contrat est parfait, et la production des deux lettres en fait preuve complète.

153. — La preuve pourra même *virtuellement* résulter d'une seule de ces lettres.

En effet, si c'est le commissionnaire qui produit le mandat, ce ne peut être que pour forcer le mandant à exécuter ses obligations, à prendre à son compte la marchandise achetée ou la chose faite par son ordre, à payer les avances, les indemnités, les droits du commissionnaire, etc.; alors le seul fait des agissements de celui-ci prouvera qu'il l'a exécuté, par conséquent accepté : et cela indépendamment de son acceptation écrite, dont on suppose ici que le mandant voudrait dénier la réception. Si, au contraire, c'est le mandant qui produit l'acceptation, elle prouvera le mandat que le commissionnaire à son tour nierait inutilement avoir reçu, une acceptation ne pouvant se concevoir sans une proposition préexistante à laquelle elle se rattache. Ainsi, vous commissionnaire, vous me liez par ma procuration, et moi commettant, je vous lie par votre acceptation.

154. — Nous venons de dire qu'abstraction faite de toute acceptation écrite, la convention se prouve par des agissements conformes à la lettre qui les provoque. C'est en effet ce qui résulte de l'art. 1985 du Code civil, ainsi conçu : « L'acceptation du mandat peut n'être que tacite, « et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le man- « dataire. » Ce texte n'a rien de contraire au principe précédemment exposé, d'après lequel la perfection du contrat exige la coïncidence du double consentement; car, par rapport à celui qui la reçoit, une lettre représente celui qui en est l'auteur. C'est un procurateur, un agent intermédiaire chargé de faire connaître la volonté du commettant au commissionnaire, et de solliciter un assentiment à cette volonté, qui subsiste à l'égard de ce dernier, tant qu'une volonté contraire ne lui est pas notifiée. Or, lorsque j'envoie quelqu'un vous prier de vive voix d'emmagasiner mes marchandises débarquées sur le port, et que, sans rien dire, vous les faites mettre en magasin, est-ce que mon mandat n'est pas aussi bien accepté, et même plus sûrement pour moi, que si vous eussiez promis à mon envoyé d'agir, après son départ, conformément à ma prière? Et qu'importe que cette prière vous ait été faite oralement ou par écrit? C'est donc avec raison que, dans le cas proposé, le commissionnaire est réputé agir au su du commettant, et dès lors il est tout simple que le contrat se forme à l'instant même des premiers agissements.

« Il est certain, dit M. Toullier (t. 8, n° 33), qu'en « matière de contrats, des faits positifs ont la même force « que des stipulations. » Ce principe se fonde sur la nature des choses; il semble, en quelque sorte, créé pour la commission. Personne n'ignore qu'il est telles circonstances où le moindre retard compromet le succès de

l'affaire commise, et, par suite, la responsabilité du commissionnaire. En général il s'expose, s'il n'agit dès qu'il le peut : *Mandatum statim ac potest, debet exequi per mandatarium* (Casaregis, Disc. 109, n° 15).

155. — Dans le droit commercial, comme dans le droit civil, l'acceptation tacite n'est autre que celle qui s'induit des faits d'exécution. Toutefois, pour qu'une telle acceptation existe, il n'est pas nécessaire que le mandat ait été complétement exécuté; il suffit que l'exécution en ait été commencée, parce que, dès ce moment, l'intention d'accepter ne peut plus être douteuse. Mais, en général, selon le droit civil, on n'est pas tenu d'informer le mandant qu'on ne veut point se charger de l'affaire ; pourvu qu'on ne s'en mêle pas, on ne répond de rien : *sufficit abstinuisse*. Il n'en est pas ainsi dans le droit commercial. La réception d'une lettre d'ordre et le silence gardé sur cette lettre sont un fait positif qui, selon les circonstances, équivaut à consentement : *Mercator litteras recipiens et eis non contradicens censetur eas approbásse*. (Casaregis, Disc. 30, n° 49), ou qui, dans tous les cas, constituerait un quasi-délit, et obligerait à réparer le préjudice qui en serait résulté, puisque la loi impose au commerçant l'obligation de tenir une correspondance, et par conséquent de répondre aux lettres qu'il reçoit.

156. — Jusqu'ici l'on a supposé le commettant auteur de la proposition ; mais quelquefois c'est le commissionnaire qui offre ses services. Les règles ne sont pas précisément les mêmes dans l'un et l'autre cas.

Pierre, négociant de Morlaix, écrit en ces termes à Paul, négociant de Rennes : « Présumant que vous de-« vez avoir besoin d'avoines pour vos fournitures à la

« guerre, et cette denrée étant à bon compte sur notre « marché, je vous prie de me dire si vous voulez que je « vous achète 3,000 quintaux à 7 francs l'un, commis- « sion en sus. Répondez-moi par un des prochains cour- « riers. » (Pour abréger, on omet toutes autres conditions).

Qu'une réponse de Paul accepte les offres, la commission sera aussi parfaite que si Paul eût entamé la correspondance par l'envoi de son mandat à Pierre.

Mais, quant à la preuve, il pourra y avoir une différence.

Car si Paul avait, le premier, envoyé son mandat, et que Pierre eût acheté ou même commencé des démarches pour acheter les avoines, ces faits positifs, réunis au mandat dont Pierre est saisi, feraient preuve complète du contrat, ainsi que nous l'avons dit plus haut.

Mais si Pierre conteste avoir reçu la lettre qui acceptait ses offres, Paul sera obligé (et l'on comprend que la chose n'est pas toujours facile) de prouver le fait de cette réception. Car si, dans les mains de l'un, la lettre portant acceptation du mandat prouve tout à la fois l'existence de ce mandat et la connaissance qu'en a eue le commissionnaire, la lettre d'offres entre les mains de l'autre ne prouve point par elle-même que ces offres ont été acceptées, et que leur auteur en a connu l'acceptation.

157. — Quoique l'art. 1985 du Code civil ne parle que de l'acceptation tacite du mandat par des faits d'exécution, il est certain que l'acceptation tacite des offres peut s'établir de la même manière.

Supposons, par exemple, que Pierre eût ajouté à sa lettre : « En cas que ma proposition vous convienne, « veuillez me faire compter fr. 6,000 pour couvrir d'au-

« tant l'achat des avoines ; » si, par un de ses correspondants ou par toute autre voie, Paul fait compter à Pierre les 6,000 fr. qu'il ne lui doit à aucun autre titre, ce fait seul équivaut à l'acceptation des offres, et, joint à la lettre qui les contient, il fera preuve complète du mandat et de toutes ses conditions accessoires.

158. — Nous avons dit que le silence gardé sur une lettre d'ordre engage la responsabilité de celui qui l'a reçue. En serait-il de même du silence gardé sur une lettre d'offres ? Nous ne le pensons pas.

Le mandat suppose chez celui qui le donne, une résolution arrêtée et des dispositions faites pour se livrer à une spéculation, ou le besoin de faire une chose qui, si elle n'est pas faite, lui causera un préjudice réel, *une perte sèche.*

Mais des offres de services ne prouvent, chez celui qui les fait, que le désir de gagner un salaire. Le silence sur sa lettre ne peut donc lui occasionner aucun dommage appréciable. Il n'aura pas gagné, mais il n'aura rien perdu, deux conditions très-différentes. D'ailleurs, libre de rétracter ses offres aussi longtemps qu'elles ne sont pas acceptées, dans aucun cas il ne peut, comme le mandant, éprouver une perte positive, susceptible de devenir le fondement d'une action en justice.

159. — Lorsque, après avoir fait quelque affaire pour un commerçant, sans ordre et à son insu, un *negotiorum susceptor* l'en informe par lettre, ce cas, avons-nous dit n[os] 133, 138, peut devenir celui d'un mandat rétroactif d'une commission *ordine verso.* Mais quand et comment pourra-t-on la prouver par la correspondance ? Quels sont, sous ce rapport, les droits et les devoirs de celui pour qui

l'affaire a été faite? C'est ce dont l'explication exige quelques exemples.

Supposons que Pierre ait écrit à Paul : « Connaissant « le besoin que vous avez d'avoines pour vos fournitures « à la guerre, et cette denrée étant à bas prix sur notre « marché, j'en ai acheté pour vous la quantité de 300 « quintaux à 7 francs le quintal, commission en sus. Veuil- « lez me dire, le plus tôt possible, si cette opération vous « agrée, etc. »

Paul a-t-il répondu qu'il approuve, le lien de droit existe avec effet rétroactif au jour même de l'achat. Non-seulement le contrat est formé, mais la preuve en est toute faite par les deux lettres si on les produit. Cette preuve résultera même de la seule lettre approbative; car elle prouve que son auteur connaissait l'affaire avant de l'approuver.

Mais si, trouvant l'opération lucrative, Paul a la mauvaise foi d'en disposer, et prétend ensuite n'avoir pas reçu la lettre approbative, il incombe à Pierre d'établir le fait de la réception déniée. Or, c'est là une preuve difficile à faire par le seul secours de la correspondance; car la lettre qui vous annonce une opération faite sans votre mandat et à votre insu, ne prouve nullement que vous l'avez agréée, et l'inscription seule sur vos livres de votre réponse à Paul ne prouve pas davantage qu'elle lui est parvenue. Au contraire, on a vu que des faits positifs et personnels au ratifiant ou à ceux qui le représentent, prouveraient la ratification tout aussi bien que la lettre même qui la contiendrait, comme si, par exemple, après la lettre d'avis de Paul, Pierre lui avait fait une remise à compte sur les avoines, s'il avait envoyé un navire ou des voitures pour en exécuter le transport, etc. Joints à la missive du *negotiorum susceptor*, de tels actes ne laisseraient nul doute sur la preuve du contrat.

160. — Ici se présente une question importante. En relation d'affaires avec vous, et sachant que vous êtes chargé d'une fourniture d'avoines à la guerre, je vous écris que j'ai acheté 300 quintaux pour vous à fr. 7 le quintal, et je vous prie de me répondre le plus promptement possible. Quelques jours après ma lettre écrite, un spéculateur m'offre un bénéfice que je refuse parce que, n'ayant eu l'intention d'acheter que pour vous, je ne dois point m'appliquer cette opération lucrative. Mais, point de réponse, et, dans l'intervalle, les avoines baissent de 2 fr. par quintal. Ce silence sur la lettre que je prouve avoir été remise en vos mains, vous oblige-t-il à m'indemniser de la perte qu'il me cause? Non, dans le droit civil; oui, dans le droit commercial.

Qu'un particulier de ma connaissance, si l'on veut même, un de mes proches, m'écrive avoir acheté pour moi une maison 30,000 fr., je puis, sans aucun risque, ne pas lui répondre. Mauvais procédé de ma part, imprudence de la sienne, voilà tout ce qui en résulte : *In culpâ esse videtur et curiosus qui se immiscet rei ad se non pertinenti.* Il n'en faut pas davantage pour lui faire perdre sa cause, car, bien qu'obligé dans le for de la conscience, je ne le suis pas dans le for extérieur.

Mais tel fait n'engage point selon le droit civil, qui souvent engage dans le droit commercial beancoup plus près du droit naturel. Entre commerçants, *alteri ne feceris quod tibi fieri non vis* n'est pas seulement un principe de morale; il est des circonstances où c'est un principe de droit. « Les véritables règles du commerce sont celles de la bonne « foi et de l'équité (1) : *sola obligatio naturalis inter*

(1) Opinion du prince archi-chancelier, procès-verbal du 15 janvier 1807, n° 24.

« *mercatores attenditur* » (Casaregis, Disc. 76, n° 11); et le cardinal Tuschi (t. 4, p. 398) enseigne au juge commercial à quel signe reconnaître qu'une obligation naturelle devient entre commerçants un engagement exécutoire. C'est, dit-il, lorsque nous faisons à autrui ce que nous ne voudrions pas qu'on nous fît à nous-mêmes : *Licet in causis mercatorum et coràm arbitratore æquitatis, æquitas semper sit servanda, debet intelligi de illâ æquitate quod quis in seipsum ab alio non admitteret, ille quoque in alium non faciat.* D'ailleurs, c'est une règle universellement suivie par les nations commerçantes, qu'on est tenu de répondre lorsque la lettre reçue est de nature à faire penser que le silence gardé sur cette lettre peut causer à son auteur quelque préjudice. Or, dans l'espèce, vous ne pouviez ignorer que, me laisser sans réponse, c'était m'exposer à souffrir un dommage, et vous n'eussiez certainement pas voulu qu'en pareille circonstance on en eût agi de même à votre égard. Il y a donc faute envers un correspondant, et violation des usages du commerce, par conséquent responsabilité.

Non-seulement il y a faute; on peut même dire qu'un négociant qui en use ainsi donne autant lieu à le présumer de mauvaise foi, qu'à le taxer de négligence. En effet, les offres du *negotiorum susceptor* pouvant être acceptées tant qu'il ne les retire point, les laisser sans réponse n'est-ce pas donner à croire qu'on veut se ménager du temps pour prendre ou laisser la marchandise, selon que le prix en aura augmenté ou diminué? Or, cela n'est pas loyal : *Mercatoris domum plenam justitiæ et veritatis esse oportet.*

Remarquons toutefois que, faute du concours des volontés, nul contrat de commission n'a pu se former. La marchandise reste donc au compte du *negotiorum sus-*

*ceptor*, qui seulement a une action en indemnité du préjudice que lui cause le quasi-délit de celui pour qui il avait fait l'affaire. Dans ce cas, une seule preuve est à la charge du *susceptor* : celle de la réception de la lettre par l'autre commerçant. Mais si celui-ci prétend avoir répondu, et que sa réponse soit régulièrement transcrite sur son livre de correspondance, toutes choses d'ailleurs égales, la présomption est en sa faveur, car, s'il a pu écrire la lettre sans la déposer à la poste, le *susceptor* peut l'avoir reçue et refuser d'en convenir. Or, c'est à celui-ci de prouver le fondement de son action : il est demandeur.

Mais si, sur la demande de dommages-intérêts, le défendeur se livrait de la marchandise, le contrat de commission se formerait avec tous les droits qu'il comporte, et l'effet en remonterait au jour même de l'achat fait pour son compte.

161. — Lorsque, après avoir, *proprio motu*, fait une chose pour autrui, celui qui a fait cette chose ne reçoit pas de réponse, il est de prudence et d'usage qu'il écrive de nouveau en mettant dans la seconde lettre un duplicata de la première. La marchandise achetée, s'il s'agit de marchandises, ne lui appartient pas encore, puisque c'est pour un autre qu'il l'a achetée ; elle n'appartient pas non plus à cet autre, puisque, n'ayant pas répondu, il n'a pas accepté. Elle est donc *in statu pendente*. Dans cette position, le *negotiorum susceptor* est en droit de déclarer que, s'il ne reçoit pas de réponse sans perte de courrier, ou dans tout autre délai plus éloigné qu'il fixe, il tiendra l'achat fait pour son propre compte. Il peut même déclarer qu'il se l'approprie dès à présent, si son incertitude plus longtemps prolongée compromet gravement ses intérêts. Telle doit être la conduite, et c'est aussi le droit du com-

missionnaire qui aurait outre-passé son mandat. Voici une espèce dans laquelle l'un de nous fut consulté en 1807 :

Un négociant de Saint-Malo avait donné ordre à un négociant de Morlaix d'acheter pour son compte cinq boucauts de tabac, au prix de 125 fr. le quintal. Ne pouvant les obtenir à ce prix, le commissionnaire les achète à 130 fr. Le jour même que la facture lui est remise, il en avise son mandant, en le priant de lui dire s'il approuve le marché. Quinze jours s'écoulent et point de réponse ; nouvelle lettre du commissionnaire par laquelle il dit au mandant que, s'il ne répond pas, courrier par courrier, qu'il ratifie le marché, lui commissionnaire gardera les tabacs pour son compte, à ses risques et profits. Même silence de la part du Malouin. Dans l'intervalle d'une douzaine de jours, les tabacs ayant pris faveur, le négociant de Morlaix, profitant de la hausse, vend, en son nom, les cinq boucauts et gagne un millier d'écus. Informé de la hausse, le commettant arrive à Morlaix, et demande ou le profit ou la marchandise. L'avis du consultant fut que cette demande était mal fondée, et telle fut aussi l'opinion de deux négociants expérimentés (1) à qui cet avis fut soumis. Ils trouvèrent évident que, faute de réponse aux lettres dont on vient de parler, l'option de garder les tabacs appartenait au négociant de Morlaix. Celui de Saint-Malo en jugea sans doute de même, car il ne recourut point au tribunal de commerce, qui l'aurait inévitablement débouté. Dans cette espèce, le mandant ne contestait pas avoir reçu les lettres qui faisaient preuve de tout ce qu'il incombait au commissionnaire de prouver.

Nous avons dit que, dans notre espèce, l'option appartenait au commissionnaire. En effet, au lieu de déclarer

(1) MM. J. Diot et Gouin.

par la seconde lettre qu'en cas de non réponse par le retour du courrier, il gardait les tabacs à ses risques et profits, il eût été tout aussi en droit d'écrire en ces termes à son mandant : « Quinze jours se sont écoulés de« puis le départ de ma lettre vous annonçant que je « n'avais pu obtenir qu'au prix de 130 fr. le quintal, les « cinq boucauts de tabac que vous m'aviez commandés « dans la limite de 125 fr. N'ayant pas reçu de réponse, « je regarde votre silence comme une approbation, et je « tiens les tabacs à votre disposition. » Dès ce moment, la marchandise fût restée au compte du mandant, quelque dépréciation qu'elle eût pu éprouver, parce que le mandant qui ne répond pas à la lettre dans laquelle son commissionnaire lui a expliqué ce qu'il a fait, est censé approuver sa conduite. La faveur du commerce y a fait admettre cette présomption comme une maxime *indubitati juris*, mais uniquement dans l'intérêt du commissionnaire qui agit loyalement, et non dans l'intérêt d'un mandant qui, s'il n'est pas de mauvaise foi, a tout au moins à s'imputer une négligence inexcusable.

Il faut observer cependant que, dans des espèces semblables ou analogues, tout dépend des circonstances qui, pouvant varier à l'infini, laissent toujours plus ou moins ces sortes de contestations dans le domaine de la conscience et de l'équité du juge.

Au cas où la lettre d'ordre aurait été chargée à la poste, rien de plus facile que de prouver si ou non le destinataire l'a reçue ; l'administration ne la délivre qu'en échange de la signature du destinataire sur un registre spécial (V. t. 1er, nos 106, 164).

162. — Pour empêcher la formation du contrat, il suffit à l'une des parties d'un changemement spontané de

volonté, parvenu, en temps utile, à la connaissance de l'autre partie.

Mais un changement de volonté n'est pas toujours arbitraire. Tantôt il est provoqué par un fait imputable à l'un des contractants; d'autres fois l'obscurité ou la fausse interprétation de quelques-unes des clauses font que des volontés qui avaient cru mutuellement se comprendre, ne sont cependant pas d'accord. Alors l'affaire se complique d'autant plus que les choses ne sont pas entières au moment où la contestation s'engage; y a-t-il preuve que le contrat a reçu sa perfection? S'il s'est formé, est-il résoluble? Ou bien son exécution incomplète donne-t-elle simplement lieu à une action en dommages-intérêts? Rarement trouve-t-on, au premier coup d'œil, la solution de ces difficultés. Essayons de les éclaircir par des exemples.

163. — Me connaissant le projet d'une opération maritime dont le succès dépend de la promptitude de son exécution, vous me proposez, par la correspondance, d'acheter pour moi la goëlette *le Nestor*. Pour me déterminer à vous donner cette commission, vous me déclarez prendre le double engagement de mettre ce navire en état d'appareiller le 5 février 1833, et de lui former, sous le même temps, un équipage de quinze hommes y compris un capitaine.

Le 15 janvier, au reçu de votre lettre, je vous réponds: « Puisque vous me donnez l'assurance, sans laquelle « nous ne traiterions pas, que le *Nestor* pourra mettre en « mer, le 5 février prochain, et que, sous ce temps, vous « l'aurez monté de quinze hommes, y compris un capi- « taine, je vous autorise à acheter ce navire au mieux de « mes intérêts. »

Une lettre, qui me parvient le 17 janvier, m'annonce

l'acquisition du navire pour mon compte, au prix de 55,000 fr. Mais vous ajoutez : « Le navire, comme je « vous l'ai dit, sera prêt à faire voile le 5 février pro- « chain, probablement même plus tôt; *mais quant à l'é- « quipage, il est difficile de penser qu'il soit arrivé à une « époque aussi rapprochée;* je vais pourtant ne rien négli- « ger pour cela. »

Dans cette espèce, le contrat s'est formé; la preuve s'en trouve dans les deux premières lettres, l'une contenant des offres claires et précises, l'autre une acceptation et un mandat qui ne le sont pas moins.

Mais ce contrat, quelque parfait qu'il soit, est résoluble de mon côté; car, bien que d'accord par l'échange de nos deux premières lettres sur toutes les conditions essentielles du mandat, il en est une que vous m'annoncez, par votre dernière lettre missive, n'être pas certain de pouvoir remplir dans le délai convenu. Dès ce moment, je suis en droit de vous écrire que, résiliant la commission, je laisse le navire acheté à vos risques et périls. Inutilement diriez-vous que je dois attendre le 5 février; que sous ce temps l'équipage sera peut-être à bord, et qu'en tous cas, vous êtes là pour répondre de mes dommages-intérêts; car, dans une spéculation telle que la mienne, par la nature même des choses, tous les jours sont comptés, tous les termes de rigueur; d'ailleurs mon mandat vous le disait assez. D'un autre côté, vous ne pouvez exiger que, dans l'incertitude des résultats de votre imprudence, je joue une partie notable, peut-être même la totalité de ma fortune, contre l'espoir toujours plus ou moins incertain d'en obtenir la juste indemnité.

Dans le cas proposé, ma seconde lettre fera preuve de la résolution du contrat; mais je dois vous en informer sans délai, car, selon les circonstances, ne pas vous ré-

pondre ou tarder à le faire, ce serait déroger à la clause dont vous me faites craindre l'inexécution pour le jour convenu.

Nous avons dit que le contrat était résoluble : mais il n'était pas résolu. En effet, au lieu de vous écrire que je résiliais la commission en laissant le navire à votre compte, j'aurais tout aussi bien eu le droit de vous répondre : « J'ai bien du regret que vous n'ayez pas mieux « calculé les délais et les distances ; mais je vous « déclare que si, selon nos conventions, l'équipage n'est « pas prêt pour le 5 février prochain, vous aurez à me « répondre de tout le préjudice que j'en pourrai éprou- « ver. » Cette option m'était assurée par le droit dont les principes sont consacrés dans les art. 1142 et 1184 du Code civil.

Cette espèce, on le voit, est un peu plus compliquée que celle d'une révocation arbitraire, résultat d'un regret spontané.

164. — Supposons maintenant notre négociation entamée d'une autre manière. C'est moi qui, prenant l'initiative, vous écris : « Dans le projet où je suis de faire une « spéculation maritime, et sachant que le navire *l'Heu- « reux* est fait vendable dans votre port, je vous prie de « l'acheter pour mon compte, au mieux de mes intérêts. « Mais comme mon expédition exige de la promptitude et « de la ponctualité, ne faites l'acquisition que dans le cas « où vous puissiez me donner l'assurance que le navire « sera prêt à prendre la mer le 5 février prochain, et que, « sous le même délai, vous aurez monté ce navire de « quinze hommes, y compris le capitaine ; ces conditions « sont de rigueur. » Au lieu de me répondre par une seule ettre, vous m'en adressez deux, l'une écrite, datée, dé-

posée à la poste le matin, l'autre écrite, datée, déposée à la poste le soir du 15 janvier. Par la première vous me dites : « Vos conditions me conviennent ; je vais acheter « le navire, vous pouvez agir en conséquence. »

Par la seconde : « Le navire sera prêt le 5 février, « mais quant à l'équipage, il est difficile de penser qu'il « puisse être arrivé pour une époque aussi rapprochée. « Je vais pourtant y faire mon possible. »

Ces lettres me parviennent le 17 janvier, et me sont toutes deux remises *au même instant.*

Alors, sans perdre de temps, je vous réplique : « Puis- « que vous ne pouvez pas m'assurer la disposition de l'é- « quipage pour mettre en mer le 5 février, regardez ma « commission comme non avenue, et n'y pensons plus. »

Mais, le 19 janvier, pendant que ma lettre est en route, c'est-à-dire dans un temps où je sais que nous ne sommes pas d'accord, comme vous le savez bien vous-même, vous achetez ce navire, et, sur le refus que je fais de le prendre à mon compte, vous m'assignez en payement du prix et de votre droit de commission. *Quid juris ?*

Dans ce cas, le contrat ne s'est formé ni par le fait de l'achat du navire, ni par nos lettres.

Il ne s'est pas formé par l'achat, car, au moment où vous avez acheté, nous n'étions pas d'accord ; vos lettres le prouvent. Ce n'est donc pas en conséquence de mes pouvoirs que vous avez agi, mais seulement dans l'espoir que je me relâcherais d'une condition *sine quâ non* que ces pouvoirs vous imposaient. Or, aucun contrat ne peut se former entre nous par votre fait personnel que je n'approuve pas, lorsqu'il est plutôt la violation que l'exécution de mon mandat.

Le contrat n'a pu davantage se former par la correspondance ; car, s'il est prouvé que vos deux lettres m'ont

été remises à un même instant, il est clair qu'elles n'en font qu'une seule relativement à moi. En effet lorsque, dans une même lettre, vous débutez par me dire que vous acceptez mes conditions, et qu'ensuite vous ajoutez qu'il en est pourtant une de l'accomplissement de laquelle vous n'êtes pas certain, le concours de nos volontés n'existe évidemment pas, par conséquent nul lien de droit. Ce que vous avez dit en commençant, vous finissez par le dédire. Or, c'est là une rétractation très-efficace, puisque votre assentiment ne me parvient que retiré.

Il n'en est donc pas de cette espèce comme de la précédente où le contrat, provoqué par vos offres, était devenu parfait par mon acceptation pure et simple. Là, j'avais l'option de résilier le contrat ou de le laisser subsister, en vous avisant sur-le-champ que, si l'équipage n'était pas prêt le jour convenu, vous auriez à répondre de mes dommages et intérêts. Ici l'alternative ne peut m'appartenir ; car ayant su, par la réunion de vos deux missives, que vous n'acceptiez pas toutes mes conditions, ou, ce qui est la même chose, ayant su que, les ayant acceptées d'abord, vous aviez rétracté l'acceptation de l'une d'elles, avant que votre acceptation pure et simple me fût connue, et ces deux faits parvenant ensemble à ma connaissance, j'ai dû voir que nul contrat n'existait entre nous. Si donc, sur la foi de votre lettre datée du matin, j'avais eu l'imprudence d'acheter une cargaison, et que l'équipage n'eût pas été prêt le 5 février, je n'aurais à vous demander aucuns dommages-intérêts. Mon unique droit serait de révoquer mon mandat, révocation nécessaire, car j'aurais, par mon silence, implicitement accédé à la modification exprimée dans votre seconde lettre.

Or, si j'ai dû voir que le contrat ne s'était pas formé, à plus forte raison avez-vous dû le savoir vous-même et at-

tendre ma réplique. Il y a donc faute à avoir acheté le navire avant d'être certain de mon consentement à courir le risque de n'avoir pas d'équipage au jour convenu d'abord; et comme cette faute n'est imputable qu'à vous, je suis en droit de laisser le navire à votre compte, et ne vous dois ni remboursement ni commission.

Mais si vous eussiez acheté, dès le jour même de la réception de mon mandat ou tout autre jour, avant de me rien écrire, le contrat se serait irrévocablement formé par ce fait d'exécution qui, comme on l'a vu, emporte à la fois l'acceptation du mandat et de toutes ses conditions; par conséquent, tout ce que vous auriez pu m'écrire postérieurement à ce fait, touchant le plus ou le moins de difficulté à former l'équipage, n'eût rien changé au droit qui m'était acquis de résilier le contrat, ou, à mon option, de le laisser subsister à vos risques et périls.

165. — Le contrat aurait encore pu se former entre nous par un autre procédé, partie oralement, partie par écrit.

*Putà*, me trouvant avec vous dans le port de Nantes, vous me dites : « Voilà un navire à vendre; il est bon « voilier, convenant parfaitement à l'expédition que vous « projetez. Voulez-vous me charger de l'acheter pour « votre compte au mieux de vos intérêts? Je sais que votre « expédition requiert célérité; mais soyez tranquille, je « vous promets que ce navire sera prêt à mettre en mer, « le 5 février prochain. »

Là-dessus je vous réponds : « Ceci demande réflexion. « Je vous écrirai de Rennes. »

Arrivé chez moi, je vous écris en effet : « Vous m'avez « promis que le *Nestor* sera prêt à faire voile, le 5 fé« vrier prochain. A cette condition, sans laquelle je ne

« traiterais pas, achetez-moi le navire au mieux de mes « intérêts. »

Le contrat est-il parfait? S'il ne l'est pas, quand le deviendra-t-il? En d'autres termes, jusqu'à quel moment pourrons-nous retirer, vous, vos offres, moi, mon acceptation?

Si, au lieu d'ajourner ma réponse et de la faire écrite, j'eusse, sur-le-champ et de vive voix, accepté vos offres, le contrat se fût formé à l'instant même, par l'accord de nos volontés qui se connaissaient mutuellement.

Il n'en est pas ainsi dans le cas proposé. Votre volonté m'est bien connue à l'instant où je vous écris; mais la mienne, vous l'ignorez encore, et une volonté inconnue est, en jurisprudence, comme si elle n'existait point. Le contrat n'est donc pas formé au moment où je trace ma réponse. Il ne le sera que quand vous m'aurez lu. Mais aussi, dès ce moment, sa perfection sera la même que si vous m'eussiez entendu, sans qu'il vous fût nécessaire de m'écrire de votre côté.

Car, comme le dit M. Toullier (t. 6, n° 26), « lors« qu'une des parties accorde ce que l'autre demande ou « désire, il n'est pas besoin, de la part de celle-ci, d'une « acceptation particulière. » Que vos offres aient été orales, tandis que mon acceptation est écrite, qu'importe? S'il y a preuve ou aveu que vous m'avez fait les offres rappelées dans ma lettre, elle suffira seule à la preuve du contrat.

Mais si le fait des offres est dénié, et que je n'en fasse pas la preuve, ma lettre ne m'est d'aucun secours : *Nemo sibi adscribit;* tandis qu'elle prouvera contre moi, si votre intérêt l'exige, parce que, respectivement à vous,

cette lettre constate, en même temps, et vos offres et mon acceptation. Mais une fois produite, son contenu ne pourrait plus être ni contesté, ni divisé; elle ferait preuve, entre nous, non-seulement de la formation du contrat, mais aussi de toutes ses conditions.

---

## CHAPITRE CINQUIÈME.

### Des engagements que produit le contrat de commission.

SOMMAIRE.

166. Ces engagements se présentent sous plusieurs rapports; division des matières traitées; obligations du commissionnaire envers le commettant.

166. — Toute commission produit des engagements. On doit donc examiner ceux qui en naissent. On le fera d'une manière générale, sans égard à telle ou à telle autre espèce de commission.

Dans la formation du contrat, on l'a déjà vu, le concours des volontés de deux personnes seulement est nécessaire, ducommettant et du commissionnaire. Mais l'exécution exige une tierce personne qui traite ou avec le commissionnaire seul, ou, par le moyen du commissionnaire, avec le commettant, ou avec l'un et l'autre en suivant la foi de chacun d'eux, *utriusque fidem secutus.*

Les obligations qui dérivent du contrat de commission se présentent donc sous plusieurs rapports :

1° Obligations du commissionnaire envers le commettant ;

2° Obligations du commissionnaire envers celui qui traite avec lui ;

3° Obligations du commettant envers le commissionnaire ;

4° Obligations du commettant envers le tiers avec lequel le commissionnaire a traité.

Ces diverses obligations expliquées, il sera traité

5° De la faillite en matière de commission ;

6° Des différentes manières dont la commission prend fin.

Les obligations du commissionnaire envers le commettant dépendent de l'objet, de la nature et des termes du mandat. Ainsi envisagées, elles sont nécessairement variables ; cependant quelques principes généraux sont communs à toute espèce de commission indistinctement.

Parmi ces principes il en est dont l'applicabilité précède ou ne requiert même pas la perfection du contrat ; d'autres n'ont d'application qu'après qu'il est formé. Un mot d'abord sur la nature et les effets de ceux qui opèrent antérieurement au contrat, ou alors même que l'existence lui est refusée.

## § I.

### DES OBLIGATIONS QUI PEUVENT NAÎTRE DU REFUS D'ACCEPTER LE MANDAT.

SOMMAIRE.

167. Quoique en général le commissionnaire ne soit *stricto jure* lié que par son acceptation, la dation du mandat peut cependant être l'occasion d'obligations pour lui; exemples.
168. Il peut même arriver que le commerçant qui reçoit un ordre ne puisse se dispenser de l'exécuter; exemple de de ce cas, exemple du cas contraire.
169. Les obligations de cette nature dérivent de l'équité naturelle et de l'intérêt du commerce; elles sont plutôt du ressort de la doctrine que de la loi écrite, et astreignent plus particulièrement le commerçant.
170. Transition aux engagements que le contrat fait naître.

167. — Qu'en général, *stricto jure*, le commissionnaire ne soit lié en rien, ni tenu à rien que par son acceptation, c'est une vérité déjà démontrée; mais une singularité de la commission, c'est de pouvoir devenir, pour celui-là même qui la refuse, l'occasion d'engagements qu'aucune loi écrite ne lui impose, et par suite d'une responsabilité attachée à l'omission de certaines choses qu'il

n'avait pas non plus promis de faire. Dans le droit commercial, cette omission est un quasi-délit.

Au premier rang des obligations dont nous voulons parler, se place naturellement celle de donner avis du refus par le premier courrier, ou par la plus prochaine occasion : *Mandatarius si non potest* (aut non vult) *explere mandatum, tenetur id nunciare mandanti ut, si velit, alterius operâ utatur* (Casareg., Disc. 54, n° 31). « Le commissionnaire, dit l'art. 120 du Code espagnol, « est libre d'accepter ou de ne pas accepter la commis- « sion du commettant; mais, en cas de refus, il doit lui « en donner avis *sans perte de courrier;* autrement, il est « responsable envers le commettant du préjudice que « ferait éprouver à celui-ci le seul fait du manque « d'avis (1). » La raison en est sensible : le silence autorise à présumer l'acceptation du mandat; une prompte réponse peut diminuer, quelquefois même entièrement prévenir le dommage; double motif de responsabilité (V. Merlin, v° *Compte-courant*).

A cette première obligation, il s'en joint une autre : jusqu'à réponse ou nouvelle disposition du consignateur, le commissionnaire est tenu de faire au moins ce qui est strictement nécessaire pour préserver de tout dommage actuel les objets consignés. Si, par exemple, on m'adresse une cargaison avec avis d'anticipations prises sur moi à courtes échéances, libre de ne point accepter le mandat, je ne le suis pas de refuser à la marchandise les soins que

(1) El comisionista es libre de aceptar ó no aceptar el encargo que se le hace por el comitente; pero en caso de rehusarlo le ha de dar aviso *en el correo mas proximó al dia en que recibió la comision*, y de no hacerlo sera responsable para con el comitente de los danos y perjuicios que le hayan sobrevenido por efecto directo de non haberle dado dicho aviso.

sa conservation réclame. Si, dans un délai raisonnablement calculé sur les distances, l'expéditeur m'a laissé sans réponse, ou n'a pas institué un autre commissionnaire, je puis m'adresser au tribunal de commerce, au consul, au magistrat du lieu, demander le dépôt en mains tierces des marchandises consignées, en faire ordonner la vente jusqu'à concurrence des débours occasionnés par leur réception et leur conservation, enfin faire commettre par le juge une personne de confiance qui veuille bien se charger de la consignation (art. 121 du Code espagnol et 56 du Code portugais; Pardessus, t. 2, nº 558; Dalloz, vº *Commissionnaire*, p. 742; Vincens, t. 2, nº 1, p. 128). Nul doute encore qu'on ne m'alloue l'intérêt des sommes déboursées et le droit de commission appartenant à mes soins et agissements, selon l'usage de la localité.

Le refus de la commission peut être conditionnel ou positif: conditionnel, comme lorsque j'écris que j'accepterai pourvu que l'on m'accorde tel ou tel avantage qui ne m'est pas offert; positif, quand je déclare ne vouloir ou ne pouvoir pas accepter. Dans l'une et l'autre hypothèse, nulle différence d'obligations.

168. — Il est même des cas où le commerçant qui reçoit un ordre, ne peut se dispenser de l'exécuter : c'est lorsque, d'une part, la commission ne l'expose à aucun risque, tandis que le moindre retard causerait un préjudice manifeste au commettant, et que, d'un autre côté, l'urgence ne permet pas de l'informer à temps du refus du commissionnaire, ou d'y faire suppléer d'office. Tel serait l'ordre d'opérer le recouvrement ou le protêt d'un effet dont le délai expire le jour même de sa réception. Inutile d'objecter les débours des frais du protêt. Cette considération n'est admissible entre commerçants qu'au-

tant que, par suite d'amendes encourues, ou pour quelque autre cause, le découvert dût être d'une certaine importance; encore faudrait-il ne pas retenir l'effet, mais le remettre à un huissier ou à un notaire, en les prévenant que, s'ils consentent à faire les avances, ils n'en auront reprise que sur le commettant. Ceux-ci refusant, c'est le cas de les faire commettre par justice. Le commissionnaire n'a plus alors à s'inquiéter que l'huissier ou le notaire veuille ou ne veuille pas se charger de la mission que leur confère la justice, ni en faire les avances. C'est une question à laquelle il est étranger; pour lui, plus de responsabilité.

L'obligation est tellement de rigueur, que ni les liaisons d'intérêt ou d'amitié, ni même des rapports de parenté avec le débiteur, n'en feraient excuser l'inaccomplissement.

Il y a plus : le commissionnaire ne pourrait se dispenser de faire protester sur lui-même au cas où le commettant se serait adressé à lui par méprise, ou que ce commissionnaire fût devenu héritier du débiteur.

En un mot, il en serait ainsi de tous les cas commerciaux dans lesquels il s'agirait de prévenir une déchéance, d'empêcher une prescription, ou de préserver le consignateur de tout autre préjudice imminent.

Mais le négociant qui n'a pas accepté la commission de tirer ou de remettre pour compte, n'est point obligé de le faire, lui fût-il impossible d'annoncer son refus en temps utile; car tirer, c'est s'obliger personnellement envers le preneur, les endosseurs et le porteur, au payement de la traite, si la provision n'en est faite par l'ordonnateur, ou si le tiré devient insolvable après l'avoir acceptée. Nul ne peut être tenu de se charger d'une telle responsabilité, et, quelles que puissent être les conséquences de l'inaction

du commissionnaire, le commettant n'a pas à s'en plaindre; il ne doit les imputer qu'à sa propre imprévoyance.

Néanmoins, si à l'ordre de tirer pour son compte le commettant avait joint des valeurs de garantie, par exemple, des connaissements au porteur, ou des effets de commerce émanés de maisons notoirement solvables, et remis avec endossement en blanc, le commissionnaire aurait un devoir à remplir. Ce n'est pas qu'il fût tenu d'accepter le mandat; mais il le serait de reporter la proposition et les garanties aux négociants les mieux famés de la place, ou, plus prudemment encore, de les leur faire reporter par des courtiers ou des agents de change. L'inaction, en pareille occurrence, l'exposerait à des dommages-intérêts; car la précaution que l'ordonnateur a prise d'envoyer de bonnes couvertures, transmissibles sans l'endossement du commissionnaire, par conséquent sans aucun risque pour celui-ci, témoigne hautement de la grande importance que le commettant attache à ce que sa commission soit remplie, de sa confiance qu'elle le sera, et du préjudice qu'il craint si elle ne l'est pas. Or, entre commerçants qui ont tous plus ou moins besoin les uns des autres, c'est être injuste et commettre un quasi-délit commercial, que de ne pas épargner une perte à un autre commerçant par un bon office qui ne coûte rien et n'engage dans aucune responsabilité.

Ces exemples indiquent suffisamment la conduite à tenir en des cas analogues.

169. — Il est vrai que les obligations dont on vient de parler ne sont écrites dans aucune de nos lois; impuissant à prévoir les innombrables circonstances d'où elles peuvent naître, le législateur a préféré s'en taire, et en

remettre l'appréciation aux lumières et à la conscience du juge. Mais elles prennent leur source dans des considérations d'un ordre supérieur : l'équité naturelle et l'intérêt du commerce.

*L'équité naturelle*, qui nous commande de faire pour autrui ce que nous voudrions qu'on fît pour nous-mêmes, et de ne faire à nul autre ce que nous ne voudrions pas nous être fait (1). C'est surtout parmi les commerçants que doit être pratiqué ce grand principe de morale que, créés pour nos semblables, nous devons nous entr'aider, et contribuer, par un échange mutuel de services, à resserrer les liens de la société humaine : *Homines autem hominum causâ esse generatos, ut ipsi inter se alii aliis prodesse possent.... et, mutatione officiorum, devincire hominum inter homines societatem* (Cicer., *De off.*, liv. 1, § 7).

*L'intérêt du commerce*, qui, privé de ces secours, se verrait frappé d'une sorte d'interdiction générale dans ce qui contribue le plus à son extension et à sa prospérité, d'où dépend celle de la société tout entière. Le commerce, dit Casaregis, se rapporte à l'utilité de tous ; il est le cinquième élément du monde ; les deux bras de l'État sont le commerce de terre et de mer (2) ; et le président Fabre dit aussi que la chose publique est éminemment intéressée à la protection que réclame le commerce, sans lequel, ajoute-t il, la prospérité de l'État ne saurait pren-

(1) Quod tibi vis fieri, mihi fac ; quod non tibi, noli (Scaccia, glos. 5, n° 14).

(2) Mercatura respicit publicam utilitatem, et dicitur quintum mundi elementum..... Serenissimus noster magnus dux Etruriæ, primus politicorum omnium facilè princeps, affirmare consueverat duo brachia corporis reipublicæ ubique esse commercium terræ et maris (Disc. 144, nos 33, 34, 35).

dre d'accroissement, ni même l'État subsister (1). C'est, au reste, une vérité hors de toute contestation.

L'intérêt du commerce est donc une de ses lois fondamentales, lorsque cet intérêt est évident, universellement reconnu. C'est un principe journellement suivi dans les tribunaux, et plus d'une fois la Cour de cassation elle-même l'a fait entrer dans les motifs de ses arrêts de rejet.

Parmi nous, le principe et ses conséquences sont du ressort de la doctrine, où ils semblent mieux placés que dans une loi écrite qui ne peut tout embrasser: *Nec lex ulla ità scribi potest ut omnes casus comprehendat* (Fab. *Ration.*, t. 3, p. 449, col. 1, L. 10, D., *De legib.*). Vouloir tout régler malgré l'impuissance de tout prévoir, c'est courir le risque de ménager à la mauvaise foi des ressources sans nombre. C'est pourquoi, si les deux codes étrangers que nous avons cités ne règlent expressément que le cas du refus d'une consignation de marchandises, il n'en faut pas conclure qu'ils ont entendu rendre le commissionnaire refusant, libre de toutes les autres obligations dont on vient de parler. La formule que le législateur donne à une règle d'équité et d'intérêt général, ne fait pas que cette règle soit limitative. Elle s'étend, au contraire, à tous les cas analogues et imprévus qui en sollicitent l'application. C'est un *jus prætorium* qui n'a de limite que là où se trouve une loi contraire, spécialement écrite pour le commerce : *æquitas in materiâ mercaturæ*, dit Casaregis, *est à jure scripta in genere, nempè per viam regulæ ..... inter mercatores, etiàm non scripta in specie, sequenda est in judicando; et, licèt scripta fuerit in aliquo casu tantùm,*

(1) Utilitas reipublicæ maximè circà commerciorum utilitatem versatur, quam Paulus vocat utilitatem promiscui usûs, cum sine commerciorum libertate, neque augeri, neque subsistere respublica possit (*Ration.*, t. 4, p. 55, col. 1).

*trahi potest ad alium similem* (Disc. 76, nos 12, 13, 14). Voilà ce que signifient ces paroles du prince Cambacérès : « Les véritables règles du commerce sont celles de la bonne « foi et de l'équité. Il faut bien se garder de les affaiblir « par des règles trop positives. » On doit observer toutefois que les obligations qu'on vient d'indiquer astreignent plus particulièrement ceux qui font du négoce leur profession habituelle. C'est, en général, commettre une imprudence, dont on doit supporter l'effet, que d'adresser une commission à quelqu'un qui, n'étant point dans le commerce, n'est pas plus tenu d'en connaître les usages, que de se livrer à des démarches et à une correspondance hors de ses habitudes. Cependant on conçoit tel cas où l'inaction complète du non-commerçant échapperait difficilement à toute responsabilité. Il ne lui coûte point, par exemple, de remettre la missive qu'il a reçue à un négociant ou au juge du lieu. La rétention silencieuse de cette lettre serait donc un fait qui, selon les circonstances, pourrait être considéré comme un quasi-délit, ou même comme un mauvais vouloir tenant du dol : *Malitiis non est indulgendum* (1).

(1) On voit dans Casaregis qu'il fut un temps où, sous aucun prétexte, les commerçants ne pouvaient refuser une commission qui leur était adressée : *Mercatores exercentes mercaturæ officium, non possunt aliis mercatoribus operam suam denegare, quoad ea quæ artem mercatoriam respiciunt, et ideò tenentur exterorum mercatorum ad se recurrentium merces, res vel pecunias excipere, mandataque ad eorum negotia expedienda eis data acceptare* (*Disc.* 199, n° 5). Cette doctrine était unanimement reçue dans l'Italie ; notre auteur cite (*plenâ manu*, comme il le dit quelquefois) une foule de docteurs qui la proclament. Ces docteurs reconnaissaient bien qu'une pareille contrainte était contraire au droit civil, *juri Cæsareo;* mais, disaient-ils, toutes les lois doivent se taire devant l'intérêt général du commerce, et ne laisser place qu'aux seules règles de l'équité : *Debent omnes juris regulæ silere, et in earum locum altera contraria recipienda determinatio, quæ mercatorum bonæ fidei et publici commercii bono non*

170. — Jusqu'à présent, point encore de contrat, par conséquent nul rapport de commissionnaire à commettant : tout se borne à une proposition et à un refus, d'où naissent des obligations naturelles que le droit commercial sanctionne. Passons aux engagements que le contrat fait naître.

*repugnet, sed fareat* (*Ibid.*, n° 13). D'ailleurs, en principe, le commerce était une fonction publique, *mercatura officium est*; il en résultait, par exemple, que les hôteliers ne pouvaient se refuser à accueillir les étrangers ou les hôtes qui se présentaient, et les armateurs, au transport à destination, des marchandises et des passagers : *Nautæ artem nauticam exercentes tenentur merces et vectores in navibus recipere ad effectum illas vel illos vehendi ad portum seu locum destinatum* (*Ibid.*, n° 6).

A l'époque où Casaregis écrivait, la rigueur de cette doctrine s'était déjà mitigée par deux limitations : 1° un juste motif de refus; 2° si le retard n'emportait aucun préjudice, et que le commettant pût être avisé à temps. Mais l'obligation d'accepter n'en resta pas moins le principe ; le refus n'était qu'un cas exceptionnel (Casareg., *Disc.* 190, Ansald. *Disc.* 25, card. de Luca, *Disc.* 115).

## § II.

### DE L'OBLIGATION D'EXÉCUTER LE MANDAT, DES CAUSES QUI EMPÊCHENT QU'IL NE S'EXÉCUTE, ET DE CELLES QUI OBLIGENT OU AUTORISENT LE COMMISSIONNAIRE A EN DIFFÉRER OU A EN SUSPENDRE L'EXÉCUTION.

SOMMAIRE.

171. L'obligation d'exécuter ponctuellement le mandat accepté est de droit naturel; le mandat peut rester inaccompli de plusieurs manières; énoncé de ces causes d'inaccomplissement; elles font l'objet des paragraphes qui suivent.

171. — Le mandat du commissionnaire fût-il gratuit, et n'y eût-il pas de loi expresse qui l'astreignît à l'exécuter ponctuellement après son acceptation, il y serait tenu par la seule force du grand précepte qui nous commande d'être justes envers nos semblables; car le fondement de la justice, c'est la bonne foi, qui consiste à être vrai dans ses discours, et fidèle à ses promesses : *Fundamentum est autem justitiæ fides, id est, dictorum conventorumque constantia et veritas* (Cic., *loc. cit.*). Chez les peuples de l'antiquité, une formalité simple, mais des plus expressives, mettait le sceau à la perfection de ce contrat, qui n'était

pourtant alors que de pure bienfaisance. Celui qui se chargeait de l'affaire mettait sa main dans celle du mandant qui lui en confiait le soin, pour témoigner qu'il lui donnait et engageait sa foi de s'en acquitter de son mieux, et la tradition n'en est pas encore entièrement perdue dans nos campagnes (1).

C'est le principe de droit naturel si bien énoncé par Cicéron, que le législateur a ainsi formulé dans l'art. 1991 du Code civil : « Le mandataire est tenu d'accomplir le « mandat, tant qu'il en demeure chargé, et répond des « dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexé-« cution. »

Or le mandat peut rester inaccompli de trois manières :

1° Par négligence ou omission délibérée de l'exécuter ;

2° Parce qu'il a pu survenir de justes causes de ne l'exécuter pas ;

(1) Cette forme de contracter était usitée dans d'autres contrats, notamment dans ceux que nous appelons *consensuels*.

Blackstone dit que cette coutume existe encore en Angleterre pour plusieurs contrats *verbaux*.

Dans le consulat de la mer (chap. 89, 90, 127, etc.), il est mention de nolis convenu en donnant *palmata*.

Il est dit dans l'art. 100 du statut de Montpellier, recueil d'anciennes coutumes, rédigé vers 1204, que, pour la perfection d'une vente, il faut une de ces trois choses : ou la dation de la main, ou le payement du prix, soit partiel, soit intégral, ou la tradition de la chose : *Emptio aut venditio non valet sine palmatà, aut sine solutione pretii particularis vel universalis, aut sine rei traditione.*

La main était le symbole *fidei datæ*; les étymologistes s'en autorisent pour y voir l'origine du mot *mandat*, et Virgile place dans les enfers, avec les traîtres qui ont trompé leurs clients (*fraus innexa clienti*), ceux qui n'ont pas craint de trahir la foi promise, la main de leurs maîtres : *Non veriti dominorum fallere dextras.* La féodalité avait aussi adopté ou plutôt profané cet emblème : c'était en mettant les mains dans celles de son *suzerain*, que le seigneur inférieur lui prêtait le serment de *foi et hommage*.

3e Pour ne l'avoir point été conformément à son prescrit.

Ces causes d'inaccomplissement, matière vaste et importante, sont développées dans les divers paragraphes qui suivent.

---

## § III.

### DE L'OMISSION D'EXÉCUTER LE MANDAT.

SOMMAIRE.



172. — Pour ce qui est de l'omission totale, qu'elle provienne de négligence ou de mauvaise volonté, il n'importe. Le principe de la responsabilité est absolu, il n'admet aucune interprétation.

Si donc, commis à l'assurance de votre navire, je ne

le fais pas assurer, et qu'il périsse dans un naufrage; ou si, chargé de faire protester des lettres de change, je vous fais perdre votre recours, faute de protêt; ou bien encore lorsque, consignataire de vos marchandises, et commissionné pour les vendre au prix du cours, je les laisse s'avarier dans mes magasins, il est clair que, dans ces cas et autres semblables dont le nombre peut être infini, je réponds du préjudice. C'est une vérité qu'il suffit d'énoncer.

173. — Mais quand le commissionnaire a-t-il ou n'a-t-il pas de justes causes de ne point exécuter le mandat? c'est ce qu'il n'est pas toujours facile de discerner.

De ces causes, qu'il ne faut pas confondre avec celles qui l'éteignent péremptoirement, telles que la mort, la révocation, la faillite, etc., les unes proviennent plus ou moins directement du fait du commettant; les autres ne sont pas de son fait, et c'est cependant sur lui que l'effet en retombe, pourvu qu'elles ne soient pas non plus du fait du commissionnaire.

Mais le fait de celui-ci ne peut jamais lui servir d'excuse, et la raison en est sensible : c'est que, chacun devant naturellement répondre du sien, si, depuis l'acceptation du mandat, j'ai créé ou causé l'obstacle qui m'empêche de l'exécuter, évidemment je suis responsable de son inexécution.

Par exemple, si, ayant accepté de fournir aux avances qu'exigeait l'armement de votre navire, j'épuise mes capitaux et mon crédit à en armer un autre qui m'était également consigné, en sorte que je me trouve dans l'impuissance de faire pour vous ce que j'avais promis, je suis tenu de votre préjudice. Inutilement prouverais-je qu'il n'y a point eu de ma part mauvaise volonté, et que, si je

n'ai pas exécuté mon engagement envers vous, c'est parce que l'autre consignateur a manqué aux siens envers moi. L'emploi de mes ressources n'en est pas moins mon fait, et, comme c'est de ce fait que provient l'impossibilité, il m'incombe d'en répondre : *Non attenditur animus facientis, sed ipsum factum* (Casaregis, Disc. 23, n° 24).

De même, lorsque, après avoir accepté la commission d'acheter pour moi, au marché du 30 janvier, à Morlaix, 6,000 mètres de toile de telle qualité, vous allez, dans un temps voisin, en acheter une pareille quantité chez les fabricants de la campagne, pourvoyeurs habituels de ce même marché qui se trouve ainsi dépourvu le jour où il s'agit d'exécuter mon ordre, l'impossibilité de son exécution provenant de votre fait, et d'un fait dont il vous était facile de prévoir les conséquences, vous êtes tenu de m'indemniser.

174. — En un mot, il y a responsabilité chaque fois que l'empêchement ne provient pas, soit du fait ou de la faute du commettant, soit d'un cas fortuit ou d'un événement de force majeure, en un mot d'un événement quelconque non imputable au commissionnaire. Il faut donc se faire des idées nettes sur la nature et les effets, en droit, de ces sortes d'accidents.

---

## § IV.

DES CAS FORTUITS OU ÉVÉNEMENTS DE FORCE MAJEURE, ET DES AUTRES ACCIDENTS NON IMPUTABLES AU COMMISSIONNAIRE, SURVENUS DEPUIS L'ACCEPTATION DU MANDAT, QUI EMPÊCHENT OU ENTRAVENT SON EXÉCUTION.

### SOMMAIRE.

175. Ces accidents sont de deux espèces; les uns affectent la chose commise; les autres, la personne ou les intérêts de celui qui en est chargé.

175. — Les diverses manières dont le mandat finit (2003 C. civ.) sont l'objet d'un chapitre particulier.

On n'entend parler ici que des accidents, non spécifiés par la loi, qui rendent impossible l'accomplissement du mandat, ou qui tout au moins ne permettent pas de l'exécuter selon son prescrit.

Ces accidents sont de deux espèces :

Les uns affectent la chose ou l'affaire même qui est commise; les autres, la personne ou les intérêts de celui qui en est chargé.

---

1° DES CAS FORTUITS OU DE FORCE MAJEURE, ET DES AUTRES ACCIDENTS QUI AFFECTENT LA CHOSE OU L'AFFAIRE COMMISE.

## SOMMAIRE.

176. L'accident qui tombe sur la chose peut la détruire entièrement, ou l'affecter dans son entier sans la détruire, ou en altérer une partie, ou empêcher que l'ordre ne puisse être exécuté même en partie; mais ces explications de détail doivent être précédées de notions générales.

177. En quel sens le commissionnaire est débiteur; ce qu'on entend, dans le langage du droit, par les mots *débiteur*, *créancier*.

178. Doit-on distinguer le cas fortuit et la force majeure? La loi les confond, et cela sans inconvénient; définition de la force majeure, confusion qu'on en fait avec le cas imprévu, explications à ce sujet; pourquoi l'on se servira, dans la suite de cet ouvrage, du mot *cas fortuit*.

179. L'expression *faute* a une large acception; elle entraîne responsabilité, quand elle cause directement l'accident, et il suffit même de la possibilité qu'elle l'ait causé; justification de cette dernière proposition.

180. Application de la théorie ci-dessus à divers exemples; résumé : quand le cas est imprévu, quand il est réputé tel.

181. Ce qu'on appelle *casus non excogitatus à mandante*, par opposition au *casus improvisus;* pour désigner le premier, on fera usage de l'expression *cas insolite*.

182. Différence entre le cas imprévu et le cas insolite; exemples.

183. Ce qui concerne le cas fortuit et le cas imprévu peut se

résumer en trois règles : 1° point de dommages-intérêts, si le fait qui empêche l'exécution du mandat est arrivé par cas fortuit et sans la faute du commissionnaire ; 2° au contraire, dommages-intérêts quand le cas est imprévu ; 3° mais aucuns dommages-intérêts, dans l'un et l'autre cas, si le préjudice eût été le même indépendamment de la faute.

184. Quand y a-t-il faute? l'appréciation de la faute, de ses rapports avec l'événement arrivé, du cas fortuit lui-même, est abandonnée à la conscience et aux lumières du juge ; pourquoi ; exemples ; *quid juris*, lorsque, par un cas insolite, le mandat ne peut être exécuté sans un préjudice évident pour celui qui l'a donné? remarques à ce sujet.

176. — Quelquefois l'accident qui tombe sur la chose la détruit entièrement, *v. g.* une perte de corps et biens ; en sorte que le mandat dont elle est l'objet ne peut plus être rempli d'aucune manière, ni par personne ;

D'autres fois il affecte la chose dans son entier, mais sans la détruire, *v. g.* une avarie générale, et alors le mandat n'est presque jamais exécutable d'une manière conforme aux instructions qu'il renferme ;

Ou bien l'accident, ne détruisant pas totalement la chose, en laisse intacte ou en altère une partie, et, dans ce cas, la possibilité subsiste d'exécuter partiellement le mandat, tantôt selon son prescrit, tantôt de quelque autre manière ;

Enfin, si l'objet du mandat est une affaire ou transaction par suite de laquelle le commissionnaire n'a actuellement rien à livrer ni à recevoir, *v. g.* un marché à terme, l'accident qui tombe sur cette affaire ou transaction, empêche presque toujours que l'ordre ne puisse être exécuté, même en partie.

Ce n'est pas encore le lieu de dire comment le commis-

sionnaire peut ou doit agir dans ces diverses occurrences. Certaines notions générales doivent nécessairement précéder ces explications de détail.

177. — D'abord, posons en principe qu'en matière de commission, contrat imparfaitement synallagmatique, c'est le commissionnaire qui est le débiteur, puisqu'il en doit l'exécution et que le commettant a le droit de lui en demander compte : *Creditores accipiendos esse constat eos quibus debetur ex quâcumque actione vel persecutione... Creditorum appellatione non hi tantùm accipiuntur qui pecuniam crediderunt, sed omnes quibus ex quâlibet causâ debetur* (L. 10 et 11. D., *De verb. signific.*).

178. — En second lieu, il faut aussi s'entendre sur la valeur des termes, et savoir si quelque distinction est nécessaire pour notre objet, entre *les cas fortuits et la force majeure*, qui déchargent pleinement le débiteur de son obligation, en vertu du principe de droit naturel promulgué en ces termes par l'art. 1148 du Code civil :

« Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts, lorsque, « par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le dé« biteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi « il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit. » (V. aussi l'art. 64 C. pén.)

On voit que cet article se sert cumulativement et pour un même effet, des locutions *force majeure* et *cas fortuits*. Cependant le Code de commerce n'emploie jamais que les mots *force majeure*, en parlant des commissionnaires (1), du capitaine et des affrétements (2). Mais ce qui prouve

(1) Art. 97, 98, 103.
(2) Art. 230, 277.

que le législateur n'y met réellement aucune différence, c'est qu'il n'use plus que des expressions *cas fortuit*, en traitant du fret et du contrat à la grosse (1), ainsi que dans l'art. 1773 du Code civil, où il s'agit de la grêle, du feu du ciel, des ravages de la guerre, etc., qui sont, à proprement parler, des événements de force majeure, *vis divina*, ou, comme le dit Casaregis (disc. 225), *imperscrutabili Dei omnipotentis judicio occursum*. Aussi, dans le langage du droit, la force majeure se confond-elle avec le cas fortuit, et cela sans inconvénient, parce que nul besoin de distinguer entre des causes dont l'effet est toujours d'opérer entièrement la libération du débiteur.

Cependant, lors de la discussion, au Conseil d'État, de l'art. 98 du Code de commerce, il fut proposé de définir la force majeure, afin de prévenir le retour de l'étrange abus qu'on voyait trop souvent faire de ces expressions. On citait en exemples des personnes chargées d'un transport de marchandises par terre, prétendant que la pluie était un cas de force majeure, des entrepreneurs soutenant que des bateaux chargés avaient péri par un accident de même nature, parce qu'ils avaient touché et s'étaient entr'ouverts, tantôt par la décroissance des eaux d'une rivière, tantôt par celle de leur reflux, etc.

Mais l'avis du prince Cambacérès mit fin à cette discussion. « La définition de la force majeure, dit-il, est « connue. On sait que ce nom n'est donné qu'aux accidents « que la vigilance et l'industrie des hommes n'ont pu *ni* « *prévenir ni empêcher*. Le juge qui admettrait les pré- « textes dont on vient de parler ne ferait pas son de- « voir (2). » C'est ce que Cujas avait dit sur la rubrique

(1) Art. 310, 325.
(2) V. Locré, *Esprit du Code com.*, t. 1, p. 516.

au Code *De locato : Fortuitus casus est cui non potest resisti, et cui prœcaveri non potest.* Les auteurs modernes ont tous adopté cette définition ; mais la traduction qu'ils en donnent ferait douter qu'ils l'aient parfaitement comprise, car ils disent que le cas fortuit est celui que la prudence humaine ne saurait prévoir, et auquel on ne peut résister. Ce mot *prévoir* rend mal la pensée de Cujas, et restreint beaucoup trop les accidents que sa définition embrasse. En effet, cette définition n'exclut pas seulement du nombre des cas fortuits ceux qu'on a la prescience qu'ils se réaliseront dans un temps ou dans un autre, comme on peut savoir, par exemple, qu'un navire qui fait eau ne tardera point à couler bas, si on ne s'empresse de le réparer, ou qu'un mur qui a perdu sa verticale finira tôt ou tard par s'écrouler, si on ne le redresse. Voilà de ces prévisions qui ne peuvent être exactement exprimées que par le mot *prœvidere*, voir d'avance, connaître les choses avant qu'elles n'arrivent. Mais les verbes *prœcavere* et *resistere* employés par Cujas, comme les mots *prévenir* et *empêcher* par lesquels le prince Cambacérès les traduit, expriment, outre l'idée d'événements à craindre et que, par conséquent, on peut prévoir, des précautions à prendre dans le but d'y obvier (1), et, le cas échéant,

(1) Casus fortuitus est accidens quod per diligentiam curamve mentis humanæ, non potest evitari nec provideri (Casareg., *Disc.* 23, n° 38).

Quandò dicatur casui sinistro provideri non posse ? Respondeo quandò procedit à superiore cui resisti non potest, utputà si procedat à fortunâ, seu voluntate divinâ, quià superiorem non habet Hujusmodi autem sunt facta quibus resisti non potest, ideòque hominis culpam excludunt et excusant ità ut de eis non teneatur cùm divinam vim habeant; sunt violentia ventorum, vis fluminis aut maris, aut tempestatis, aut ruinæ, aut incendii, aut terræ motus; horum enim vim nemo sustinere potest; valetudo, hostium incur-

d'efforts à faire pour les surmonter. Voilà ce qui constitue la vigilance et l'industrie dont le prince archichancelier parle dans sa définition ; et l'on n'en saurait trop admirer la concision et la justesse, puisqu'elle exprime en deux mots quand le débiteur est ou n'est pas responsable. Entendre autrement la force majeure, c'est la confondre avec le cas *imprévu*, qui en est très-différent.

C'est sans doute pour n'avoir pas su en faire la distinction, qu'avaient plaidé les voituriers et les bateliers dont il fut parlé au Conseil d'État. Les uns ne pouvaient assurément point empêcher que la pluie ne tombât ; mais ils auraient pu mieux bâcher, ou prendre quelque autre moyen de préserver les marchandises ; les autres ne pouvaient davantage empêcher la décroissance du flux et du reflux ; mais, avec moins d'ignorance et de témérité, ils eussent allégé leurs bateaux, ou auraient stationné pour ne pas affronter le péril. Leur accident ne fut donc pas l'effet d'une force majeure, mais celui de leur imprudence ou de leur impéritie, qui sont également des fautes ; c'était un cas *imprévu*, c'est-à-dire, ce qu'éprouvent ordinairement les hommes qui manquent de *vigilance : Improvisus casus dicitur qui solet imprudentibus contingere* (1). « On « ne met dans la catégorie des cas fortuits, dit Émérigon (2), que ceux qui arrivent malgré toute la prudence

sus et piratarum, fluminum, graculorum, sturmorum, et demùm omnis alia vis cui resisti non potest. Idem si procedat à principe quià ejus factum connumeratur inter casus fortuitos; imò etiàm factum judicis, et hoc quodammodo sive sit justum, sive injustum, nàm quidquid evenit ex injustâ judicis sententiâ dicitur casu fortuito evenisse, cùm injustitia et casus fortuitus æquiparentur; et relinquitur arbitrio judicis quis dicatur casus insolitus (Scaccia, § 1, q. 1, p. 25, n° 135).

(1) Santerna, part. 3, n° 65.

(2) T. 1, p. 358.

« humaine » : *Quod fato contingit, et cuivis patrifamiliâs, quamvis diligentissimo, possit contingere.* En un mot, il ne convient d'appeler ainsi que les accidents qu'on n'a pu éviter par une surveillance exacte et les connaissances de sa profession (1).

Nous disons, à dessein, et nous dirons désormais *cas fortuit* seulement, parce que la force majeure en est toujours un par rapport au commissionnaire exempt de toute faute qui ait pu le produire ; tandis que l'accident dont la cause lui est imputable, peut bien être de force majeure, en ce sens qu'il n'y saurait résister ; mais il perd ce caractère et n'a pas celui de *cas fortuit*, parce que ce n'est pas le pur hasard, c'est sa faute qui l'a fait naître : *fato non contigit.*

179. — On a déjà fait pressentir que le mot faute est d'une large signification ; mais il importe d'en connaître toute la portée.

La responsabilité ne s'attache pas à la seule faute dont on peut dire qu'elle a directement ou indirectement causé l'accident ; il suffit de la possibilité qu'elle en ait été cause : *Animadvertendum est*, dit Casaregis (2), *non esse necessarium quod culpa sit præcisè ordinata ad casum, sed sufficere quod, secundùm possibilitatem actûs, dicatur ordinata : nempè quod possibile sit ex causâ illâ effectum sequi.* C'est une maxime universellement reçue dans le droit commercial (V. Emérigon, *ubi sup.*).

Au premier aspect, le principe peut paraître d'une rigueur excessive ; rien n'est cependant plus conforme à l'équité, surtout en matière de commission.

(1) V. Locré, *ubi sup.*
(2) *Disc.* 23, n° 54.

C'est presque toujours loin du commettant que son mandat s'exécute. Il lui est donc impossible d'en surveiller l'exécution, et de connaître les circonstances dans lesquelles le commissionnaire s'est trouvé. D'un autre côté, qui fonde une exception sur un cas fortuit, est tenu d'en justifier (1). Or, s'il est constant que vous avez commis une faute, et possible qu'elle ait causé mon préjudice, que faut-il de plus ? Quand la faute est certaine, on ne fait pas preuve d'un cas fortuit, si l'on ne prouve en même temps que la faute a été sans influence sur l'accident ou le dommage qui en résulte.

Mais, si cette preuve est établie, la faute n'est plus à considérer, nul ne pouvant se plaindre d'un fait qui ne lui préjudicie pas : *Culpa non debet nocere culposo, quandò nihilominùs absque illius culpâ casus contigisset* (Casar., Disc. 190, n° 14).

180. — De la théorie passons à l'application.

J'accepte à Brest, où je suis négociant, la commission de vous expédier 600 hectolitres de blé ; mais, au moment où mon envoi chargé est sur le point de partir, une sédition éclate dans la ville, qui est mise en état de siége, et l'autorité militaire fait publier la défense de laisser sortir du port aucune espèce de denrées. C'est un accident contre lequel je ne puis rien : *cui resisti non potest*. D'un autre côté, quoiqu'il ne soit pas absolument impossible, dans l'ordre des choses contingentes, qu'une sédition surgisse, tôt ou tard, dans chacun des ports du pays, il ne saurait venir dans l'idée à personne de prétendre que j'aurais dû me précautionner contre celle-ci. C'est donc

(1) Qui se fundat in casu fortuito, illum probare debet (Casar., *Disc.* 23, n° 9; art. 1302, § 3, du Code civil).

évidemment un cas fortuit, caractérisé par la double impuissance de le *prévenir* et de *l'empêcher*, par conséquent une juste cause de l'extinction de mon engagement.

Mais s'il eût été dit, dans l'ordre publié, que le gouverneur, sur des motifs qu'il se réservait d'apprécier, pourrait accorder quelques permis de sortie, et que je n'eusse fait aucune démarche afin d'obtenir un de ces permis, il y aurait de ma part faute par omission de faire ce que je devais pour essayer de vaincre un obstacle qui n'était pas, en soi, humainement insurmontable, *cui poterat resisti.* J'aurais beau alléguer les refus faits à d'autres négociants, et en induire l'invraisemblance d'un succès; quelque difficile que soit l'affaire, un mandataire est tenu à toutes les diligences possibles, tant qu'il existe une lueur d'espoir de réussite (1), et la présomption sera que j'eusse réussi, si j'avais demandé le permis. L'omission sera donc réputée nuisible : *Sufficit quod possibile sit ex causâ illâ effectum sequi.*

Que si je prétendais avoir ignoré la disposition qui m'autorisait à solliciter un permis, ma responsabilité n'en serait pas moins la même, parce qu'il était de mon devoir de m'informer de tout ce qui concernait les intérêts dont je m'étais chargé. Ignorer ce qu'on doit savoir est une faute qui, en droit, produit le même effet que si on avait su : *Paria in jure sunt scire et nolle scire et scire debere* (Casareg., Disc. 176, n° 33 ).

Dans le premier cas, j'ai manqué d'*industrie ;* dans le second, de *vigilance.*

Supposez maintenant, au lieu d'une sédition dans la

(1) Diligentias possibiles tenetur mandatarius facere, licèt eas putet non profecturas ob arduitatem negotii (Casareg., *Disc.* 198, n° 26).

ville, une révolte qui se manifeste à bord du bâtiment dont l'équipage gaspille le chargement, ou le jette à la mer : ainsi exposé d'une manière abstraite, c'est assurément un cas fortuit dans toute la valeur du terme ; mais il ne l'est plus si j'ai provoqué la sédition, par exemple, soit en maltraitant les marins, soit en leur refusant les gages ou avances que j'avais accepté de leur payer. En vain dirais-je qu'au lieu de se révolter l'équipage devait demander aux tribunaux le redressement de mon injustice, et qu'il a commis un délit que je ne pouvais *prévoir ;* rien de cela ne s'excuse, car, sans prévoir, *in specie*, ce délit, qui n'est pourtant pas sans exemples, je pouvais le *prévenir* et je l'eusse prévenu, si je n'avais commis la double faute de ne pas faire ce qui était de mon devoir, et de faire ce dont je devais m'abstenir. La révolte, il est vrai, n'était pas une conséquence nécessaire de ma conduite, mais elle en était une conséquence possible, et cela sufit : *Non est necessarium quod culpa sit præcisè ordinata ad casum.* C'est un cas imprévu.

Vous acceptez à Rennes, d'un négociant de Paris, la commission de recouvrer sur Jacques un effet de 3,000 fr. avec ordre de protêt s'il n'est payé, d'obtenir jugement et de le faire exécuter par toutes les voies de droit. Le jugement obtenu, vous chargez un huissier d'exécuter la contrainte par corps ; mais, au lieu d'être *vigilant* à vous garder de toute indiscrétion, vous commettez celle de dire ce dont l'huissier est chargé, à un parent ou à un ami du contraignable, lequel, éveillé sur le péril qui le menace, s'enfuit en Angleterre, ravissant ainsi au créancier le dernier espoir qui lui restât d'être payé. Votre responsabilité est évidente ; car, outre que la nature d'un tel mandat exigeait du secret, la discrétion sur les affaires du committant fait essentiellement partie des devoirs du

commissionnaire (1). C'est donc encore un cas imprévu : *Quod solet imprudentibus contingere.*

Mais si vous prouvez qu'avant la faute commise, le débiteur avait résolu de s'enfuir, *v. g.* obtenu un passe-port, réglé ses affaires de famille, affrété une embarcation, en un mot, tout disposé pour son départ, qu'il allait effectuer de moment à autre, en sorte qu'on dût être convaincu qu'il serait parti avant qu'on pût le saisir, alors même qu'il n'eût reçu nul avis ; ou bien encore, s'il est constant qu'il n'en a réellement reçu aucun ; alors l'impossibilité de le contraindre ne provenant pas de la faute, plus de responsabilité.

Au lieu d'exécuter mon ordre, qui était de déposer mes marchandises chez David, Jacques les a déposées chez Salomon, où le feu du ciel les a détruites ; mais le même incendie a aussi tout dévoré dans les magasins de David. La faute de Jacques ne l'engage à rien ; car, du moment que mes marchandises devaient être brûlées, quel intérêt puis-je avoir à ce qu'elles le fussent plutôt dans un endroit que dans un autre ? *Nemo est in culpâ faciendo id quod, si factum non fuerit, idem eventus futurus esset* (Casar., Disc. 1, n° 87 ).

Ces exemples suffisent à faire connaître le cas *fortuit*, et à le différencier du cas *imprévu.*

En résumé, le cas est imprévu, lorsqu'il survient par l'imprudence ou l'impéritie du commissionnaire ; quand c'est sans sa faute que l'accident est arrivé, et que la force n'en était pas irrésistible, il ne peut s'en prévaloir s'il n'a pas résisté autant qu'il était en lui.

Enfin, il arrive parfois qu'il est incertain si l'accident

(1) Inter mercatores usus est eorum negotia nemini pandere, ac omnia secretiori viâ agere (Casareg., *Disc.* 58, n° 14.

a été ou non précédé par quelque faute du commissionnaire: alors il lui incombe de prouver qu'il n'en a pas commis ; à défaut de cette preuve, le cas est réputé imprévu. C'est ce qui est expliqué nos 214 et suiv.

181. — Mais, outre le cas imprévu, il est un cas non prévu, que Casaregis appelle *non excogitatus à mandante*, par opposition au *casus improvisus :* c'est celui auquel le commettant n'a ni songé ni pourvu, que le commissionnaire n'était pas tenu de prévenir, et qu'il rencontre inopinément, sans sa faute, comme un obstacle invincible, soit à l'exécution du mandat selon son prescrit, soit à son exécution sans préjudice pour le commettant. Ce cas survient le plus souvent contre le cours ordinaire des choses ; et parce que l'expression de *cas insolite* nous semble la plus juste, c'est celle dont nous ferons usage (1).

182. — La différence est profonde, dans le droit, entre le cas imprévu et le cas insolite (*non suetus*).

(1) Le *casus insolitus* n'est, en réalité, qu'un cas fortuit, mais un de ces cas auxquels il est comme impossible que les parties songent en contractant, *v. g.* une île surgissant tout à coup du sein de la mer, ou une ville engloutie et remplacée par un lac. D'anciens auteurs, parmi lesquels Casaregis ( *Disc.* 1, n° 56), ont prétendu que l'assureur qui prenait sur lui les cas fortuits, ne se chargeait pas pour cela des cas insolites. Pothier lui-même (*Des oblig.*, n° 632), dit que le débiteur n'en est pas tenu, parce qu'il n'a pu les prévoir, et n'avait aucun motif de s'y attendre. C'est une opinion depuis longtemps abandonnée (V. Valin, tit. *des ass.*, art. 26, et Emérigon, chap. 12, part. 1, § 1). Dans l'hypothèse donnée, l'assureur ou le débiteur répond de tous les accidents fortuits, quelque inaccoutumés, inconnus ou extraordinaires qu'ils soient. Cette locution *cas insolite* n'est donc plus d'aucune utilité en jurisprudence, et nous nous en emparons, comme par droit d'épave, pour signifier le cas auquel le commettant n'a pas songé, et que le commissionnaire n'était pas tenu de prévenir.

Le cas est imprévu, ainsi que nous l'avons dit, si le commettant peut, à bon droit, reprocher au commissionnaire de ne l'avoir pas prévu, ou, plus exactement, de ne l'avoir pas prévenu ; *v.* g., comme l'armateur et le chargeur peuvent imputer au capitaine, l'un de n'avoir pas prévu que, faute de chats à bord, la marchandise pouvait être dévorée ou avariée; l'autre de n'avoir pas prévu, que, sans boussole, sans octant et sans cartes, il risquait de faire fausse route ou même de se perdre.

Le cas est insolite, lorsqu'il incombait et appartenait au mandant seul d'y penser et d'y pourvoir par quelque prescription subsidiaire et éventuelle de son mandat, *v. g.*, si, quand j'arrive à Philadelphie avec ordre de vendre sur-le-champ vos vins à 600 fr. le tonneau, aucun acheteur n'y veut mettre ce prix, ou de les vendre au comptant, et que personne n'en veuille à cette condition. Vous auriez pu, pour la double occurrence, me donner des instructions facultatives ou obligatoires ; mais, ne l'ayant pas fait, c'est le cas insolite.

183. — Quels sont les principes qui régissent ces sortes d'accidents? On le dira tout à l'heure, en parlant des substitutions de mandat. Mais, en ce qui touche le cas fortuit et le cas imprévu, les notions qui précèdent peuvent se résumer, quant au contrat de commission, dans ces trois règles presque entièrement calquées sur les art. 1148 et 1302 du Code civil, qui ne font que formuler des principes de droit naturel :

« 1° Il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts, lorsque « le fait qui empêche l'exécution du mandat est arrivé par « cas fortuit et sans la faute du commissionnaire ;

« 2° Au contraire, le cas imprévu n'étant jamais exempt

« de faute, il donne toujours lieu à des dommages-in-« térêts ;

« 3° Mais il n'en est dû ni dans l'un ni dans l'autre « cas, lorsque le préjudice eût été le même indépendam-« ment de la faute. »

184.—Maintenant, quand y aura-t-il faute? Facile de répondre, avec Casaregis, que la faute consiste à omettre ce qu'on doit faire, et à faire ce dont on doit s'abstenir : *Culpa committitur tàm faciendo quàm non faciendo* (Disc. 122, n° 4). Mais de spécifier les actions et les omissions qui sont des fautes, c'est ce que nul ne pourra jamais faire. Aussi le législateur n'a eu garde d'aborder cette insurmontable difficulté ; l'esprit humain n'y suffirait pas. L'appréciation de la faute et de ses rapports plus ou moins directs avec l'événement arrivé, comme celle du cas fortuit lui-même et de l'impossibilité qu'il a pu produire, est donc entièrement abandonnée à la conscience, aux lumières, à la perspicacité du juge (1).

Il le fallait bien ; car comment préciser ce qu'on ne peut prévoir? Tout, en cette matière, dépend tantôt de l'espèce de la commission, quelquefois des usages reçus, le plus souvent des circonstances du fait.

Cela est si vrai, qu'il peut y avoir faute grave à exécuter le mandat, et que ce qui sera cas fortuit en tel lieu et en tel temps, ne sera pas réputé l'être dans un autre temps ou dans un autre lieu.

Par exemple, habitant d'un pays où les inondations sont fréquentes, vous vous êtes chargé d'expédier mes

(1) On peut voir sur la responsabilité des fautes une note curieuse et fort instructive dans les *Études de droit commercial*, p. 344, par M. Fremery. Le but de cette note est d'établir que la même faute n'entraîne pas la même responsabilité dans tous les contrats.

marchandises à un autre consignataire, et à telle destination, où conduisent deux chemins, l'un beaucoup plus court, mais longeant un fleuve sujet, dans la saison, à se déborder, l'autre plus long, mais plus élevé, et hors de l'atteinte des débordements. Si vous expédiez par le premier, et que l'envoi soit englouti, point de cas fortuit, parce que vous avez dû savoir et que vous deviez prévenir le danger auquel vous avez exposé ma chose. Cependant supposez un pays où le même inconvénient n'existe pas, un temps pendant lequel le fleuve n'a pas coutume de déborder, votre devoir eût été, toutes choses égales d'ailleurs, d'expédier par le chemin le plus court; je pourrais même, selon les circonstances, vous rendre responsable d'un sinistre arrivé sur l'autre chemin, *v. g.* si une bande de voleurs avait enlevé les marchandises.

J'ai ordre de faire assurer le brick *la Reine-Christine*, mais j'en apprends le sinistre ou l'heureuse arrivée; de vendre ou d'expédier à Pierre, à trois mois de crédit, mais on m'informe qu'il est devenu insolvable; divers achats me sont commandés par le fournisseur d'un régiment de cavalerie en route pour Rennes, mais je sais qu'il y a contre-ordre. Dans ces cas insolites et autres analogues, non seulement je suis dispensé d'exécuter le mandat, mais son exécution serait une faute, peut-être même un dol : *Mandatarius non debet mandatum executioni mandare quandò, ob improvisam rerum mutationem, casus contingit in quo executio mandati esset damnosa mandanti* (Casareg., Disc. 125, n° 22). De là cette règle :

« Lorsque, par l'effet d'un cas insolite, le mandat ne peut « être accompli qu'au préjudice évident de celui qui l'a « donné, et que l'affaire n'est pas urgente, le commissionnaire est tenu d'en suspendre l'exécution, et de renseigner « le commettant sans perte de courrier ou d'occasion. »

Remarquez ces mots *préjudice évident* ; car s'il s'agissait d'un dommage dont la conjecture ne se fonderait que sur le calcul de probabilités plus ou moins plausibles, suspendre le mandat serait une faute, pour peu que la suspension fût de nature à nuire. Mais, si elle n'empêche pas que l'affaire ne puisse être encore faite en temps utile, le commissionnaire, avant d'agir, doit informer le commettant de tout ce qui peut le déterminer à modifier son ordre, à le révoquer ou à le confirmer (1).

Remarquez encore que l'avis à donner sans perte de temps est d'une obligation rigoureuse, non-seulement pour le cas dont il vient d'être parlé, mais indistinctement chaque fois que, par un motif quelconque, le commissionnaire se trouve entravé dans l'exécution du mandat; comme si, par exemple, il ne pouvait pas l'exécuter selon le mode qui lui a été prescrit. S'écarter de ce devoir, ou exécuter d'une autre manière avant la réception d'une réponse, *antè acceptam responsionem* (Casareg., Disc. 119, n° 21), c'est également répondre du dommage : *Mandatarius, seu mercator, si non potest exequi mandatum eo modo quo fuit sibi datum, debet id priùs notificare mandanti antequàm alio modo illud exequatur* (Casareg., Disc. 119, n° 63).

Nous verrons bientôt comment le commissionnaire peut agir, quelquefois même doit agir dans le cas insolite, lorsque l'urgence de l'affaire ne lui permet pas d'attendre de nouveaux ordres.

(1) El comisionista debe comunicar puntualmente á su comitente todas las noticias convenientes sobre las negociaciones que puso à su cuidado, para que este pueda con el conocimiento debido confirmar, reformar ó modificar sus órdenes... (Art. 134 Cod. esp.).

2° DES CAS FORTUITS AFFECTANT LA PERSONNE OU LES INTÉRÊTS PÉCUNIAIRES DU COMMISSIONNAIRE, ET DE CEUX DE CES CAS DANS LESQUELS IL PEUT RENONCER AU MANDAT, SANS ÊTRE TENU DE DOMMAGES-INTÉRÊTS.

## SOMMAIRE.

185. La disposition de l'art. 2007 du Code civil pour le cas où le mandataire peut renoncer au mandat, est-elle applicable au commerce? conséquences qu'elle renferme, et quelles sont ces conséquences.

186. La première et la seconde de ces conséquences sont applicables à la commission comme au mandat civil; quant à l'application de la troisième, examen et rejet; dispositions du Code portugais, du Code espagnol.

187. Des causes qui peuvent autoriser le commissionnaire à renoncer; Pothier range parmi ces causes le dérangement des affaires du mandant depuis le contrat; quand ce dérangement ne peut être une juste cause de renonciation, et ce qu'on doit entendre par là; ce que doit faire le commissionnaire jusqu'à ce que le commettant ait pourvu à ses intérêts; est-il besoin dans le commerce d'une renonciation *notifiée?*

188. L'inimitié capitale qui, dans le droit romain et suivant Pothier, est une juste cause de renonciation, n'en est pas une dans le contrat de commission.

189. Une autre cause, suivant le même droit et le même auteur, est la maladie survenue au mandataire, maladie qui l'empêche de remplir son obligation; ce cas fortuit tombe sur la personne, et l'affaire *in se* n'en reste pas moins faisable; le commissionnaire peut-il en charger un autre, quand le peut-il, quand le doit-il? où doit-on puiser la solution de ces questions? texte de l'art. 1994 du Code civil.

190. L'examen de cette matière importante exige la distinction de plusieurs cas.

191. Si la substitution est autorisée, elle peut être, suivant les formes du contrat et l'appréciation des circonstances, une faculté ou un devoir pour le mandataire; quand la personne du substitué a été désignée; quand elle ne l'a pas été, et différence, en ce point, du droit civil et du droit commercial.

192. Si le mandat interdit la substitution, le mandataire qui en charge un autre se transforme en *negotiorum gestor* gérant contre la défense du maître; conséquences qui en résultent.

193. Si le mandat ne permet ni ne défend une substitution, il faut distinguer : ou rien n'empêche physiquement le mandataire d'agir, ou il en est empêché par un cas fortuit.

194. Première hypothèse : il est de maxime, dans le droit civil et dans le droit commercial, que le mandataire doit personnellement exécuter le mandat, et, s'il le délègue, c'est à ses risques et périls; c'est surtout dans le commerce que l'on doit strictement observer le principe que la confiance est incessible.

195. Seconde hypothèse : il faut distinguer encore : l'affaire peut être différée et le commettant renseigné à temps, ou l'urgence de l'affaire concourt avec le cas fortuit.

196. Dans ce dernier cas, si le commissionnaire se substitue, répond-il du substitué, et, s'il ne le fait pas, répond il de l'inexécution préjudiciable? Discussion au Conseil d'État sur l'art. 1994 du Code civil; conséquence qui ressort de cette discussion; ce qu'est, dans le droit civil, le mandataire qui, empêché, commet à un tiers la gestion dont il était chargé; pourquoi il répond du substitué.

197. L'art. 1994 du Code civil doit-il trouver entrée dans le droit commercial? Il en est repoussé et par l'intérêt du commerce et par l'équité; la nécessité, l'équité, l'intérêt du commerce, légitiment, dans l'espèce, la substitution que fait le commissionnaire, sans qu'il soit besoin, pour la justifier, de recourir à des conjectures sur l'intention du commettant.

la substitution est autorisée ou nécessaire; il l'est aussi de celles qu'il commet dans le mode de substitution, et même après qu'il l'a faite.

206. La substitution peut s'opérer dans le droit commercial, comme dans le droit civil, au nom du mandant; effet de ce mode de substitution.

207. Mais, dans le commerce, elle s'opère ordinairement sous le nom du commissionnaire; effet de ce second mode; la même affaire est l'objet de deux contrats de mandat; conséquences qui en résultent relativement à la responsabilité du commissionnaire et à celle du délégué; exemples; du cas où le substituant donne à son substitué connaissance suffisante de ses pouvoirs; certains cas insolites peuvent autoriser le commissionnaire, à la différence du mandataire civil, à apporter des modifications à son mandat.

208. Autorisé à substituer, irréprochable dans la substitution et le choix de la personne, le commissionnaire n'en reste pas moins tenu de certaines fautes commises postérieurement; exemple.

209. Jamais dans le droit civil, et en général dans le droit commercial, la substitution ne peut dénaturer l'objet même du mandat; autrement le mandataire peut être désapprouvé *pro arbitrio*, et l'affaire rester à son compte; exemples.

210. Mais, dans le droit commercial, certains cas insolites non-seulement autorisent, mais obligent le commissionnaire à dénaturer l'objet même du mandat; ce qu'il ne peut faire dans le cas fortuit qui l'empêche d'agir par lui-même; exemple; espèce rapportée et jugée par Casaregis; autre cas où le commissionnaire peut et doit dénaturer l'objet du mandat, en tant qu'il se rapporte au choix du substitué.

211. Pour compléter la théorie sur les substitutions de mandat, il reste à considérer le cas fortuit concourant avec l'urgence; divers effets du cas fortuit relativement à la chose ou à l'affaire commise; exemples.

212. On ne doit pas confondre le cas imprévu avec le cas fortuit, et celui-ci avec le cas insolite; l'un empêche

d'exécuter le mandat, et l'autre de l'exécuter selon sa forme.

213. Le commissionnaire en doit-il la preuve, et comment la faire? Doit-il prouver de plus et comment peut il prouver que le cas empêchant est arrivé sans sa faute?

214. Quiconque s'excuse sur un cas fortuit doit le prouver; fondement, en droit, de ce principe; cette preuve peut être faite par écrit, par témoins, etc.; exigence de la loi envers les commissionnaires de transport.

215. Le cas fortuit prouvé, qui du commettant ou du commissionnaire doit établir qu'il n'a été précédé d'aucune faute de la part de celui-ci? Opinion de Casaregis en faveur du créancier, opinion contraire de M. Proudhon combattue par M. Troplong; explications à ce sujet.

216. Il peut être convenu que le commissionnaire répondra des cas fortuits; résumé des cas où il ne peut en exciper

217. Il ne suffit pas de prouver qu'il n'a commis aucune faute antérieure au cas fortuit; quelquefois il doit prouver qu'il n'en a commis aucune depuis l'accident; exemple; du cas où, par suite d'un incendie, le commissionnaire ne peut sauver en même temps la chose de son commettant et la sienne propre, ou bien la chose de Salomon et de Jacques, et où il y a nécessité de sacrifier l'une ou l'autre.

218. Le commissionnaire doit aussi la preuve du cas insolite qui empêche d'exécuter le mandat, ou de l'exécuter suivant ses instructions; Casaregis distingue le fait positif et le fait négatif; pour le premier, la preuve est de rigueur; quant au second, l'allégation du commissionnaire suffit; cette doctrine n'est pas admissible aujourd'hui; cependant on doit avoir égard aux circonstances.

219. Les cas fortuits et les cas insolites ne sont pas les seules justes causes de l'inaccomplissement, de la suspension ou de la cessation du mandat; quand le commettant ne remplit pas ses obligations corrélatives, le commissionnaire n'est pas tenu de remplir les siennes; renvoi au paragraphe suivant.

185. — Au premier aspect, on pourrait croire qu'au lieu de parler en cet endroit de la renonciation que la loi (art. 2003 C. civ.) range au nombre des causes qui éteignent le mandat, il conviendrait plus d'en traiter au chapitre concernant les différentes manières dont le mandat finit. Mais, si la renonciation met fin au mandat alors même que les choses ne sont plus entières, c'est que certains accidents autorisent cette renonciation presque toujours dommageable. Or ces accidents ne sont autre chose que des cas fortuits, non point, à la vérité, par rapport à l'affaire considérée *in se:* elle n'en pourrait pas moins être faite par un autre; mais par rapport au commissionnaire lui-même qui est empêché ou veut s'excuser de la faire. C'est donc le moment de s'en occuper.

La loi ne précise pas les cas où le mandataire peut renoncer au mandat, sans être tenu du préjudice; c'est cependant pour régler, en un point des plus importants, l'exercice de cette faculté qu'a été fait l'art. 2007 du Code civil :

« Le mandataire peut renoncer au mandat, en noti-
« fiant au mandant sa renonciation. Néanmoins, si cette
« renonciation préjudicie au mandant, il devra être
« indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne
« se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat,
« sans en éprouver lui-même un préjudice considé-
« rable. »

Il s'agit de savoir si cette disposition est, en tout ou en partie, applicable au commerce.

La rédaction en est très-complexe, et a quelque chose de sous-entendu. Il faut se l'expliquer :

1° Le mandataire peut toujours, sans autres motifs que sa volonté, renoncer au mandat, pourvu qu'il notifie sa renonciation au mandant, et qu'elle ne porte à ce dernier

aucun préjudice, ce qu'on exprime en ces mots : *les choses étant entières*, rebus integris;

2° Pour peu que la renonciation préjudicie au mandant, le mandataire ne peut renoncer qu'à charge de l'indemniser, s'il n'a lui-même à éprouver de la continuation du mandat qu'une perte légère ou médiocre;

3° Si, au contraire, le mandat ne saurait être continué qu'au *préjudice considérable* du mandataire, il peut y renoncer, en notifiant sa renonciation, sans être tenu du préjudice, de quelque importance qu'on le suppose.

186. — De ces trois conséquences que renferme l'art. 2007, la première s'applique, sans nulle difficulté, tout aussi bien à la commission qu'au mandat civil. Dans l'une comme dans l'autre, point de préjudice, point de réparation, mais égale nécessité de notifier la renonciation, afin que le maître de l'affaire puisse agir lui-même, ou se pourvoir autrement.

Pas plus de difficultés pour la seconde conséquence, qui est d'obliger le mandataire à réparer le préjudice que causerait une renonciation capricieuse, ou fondée sur de faibles motifs.

Mais en est-il ainsi de la troisième? C'est une question que nous n'avons trouvée résolue ni dans les auteurs, ni dans la jurisprudence. M. Vincens est, croyons-nous, le seul qui la tranche en ces termes (1) : « On a droit d'abandonner tout mandat dans lequel on ne pourrait persévérer, sans éprouver soi-même un préjudice considérable. Or celui de perdre ses avances est le premier à considérer. » Il y en aurait donc d'autres, selon M. Vincens; mais cela est-il bien sûr?

(1) T. 2, chap. 8, *des Commissionnaires*, n° 1.

« La commission, dit M. Dalloz (1), finit de la même « manière que le mandat (art. 2003 à 2010). De même « que le mandat, elle est essentiellement révocable de la « part du commettant, et cesse par la renonciation du « commissionnaire. »

Cela est vrai, en général, parce qu'il n'est aucune obligation de faire dont on ne puisse se décharger, en payant les dommages-intérêts résultant de son inexécution. Mais dans quels cas le commissionnaire les doit-il? Quand ne les doit-il pas? Voilà notre question, et M. Dalloz ne l'agite point.

« Celui qui a pris l'engagement exprès ou tacite d'exé« cuter une procuration, dit M. Pardessus (2), ne peut « s'en dispenser, à moins que la personne qui la lui a « donnée ne manque elle-même à son obligation corréla« tive, en ne lui fournissant pas les fonds, les crédits ou « sûretés stipulés ou déterminés par l'usage, ou bien à « moins que, par sa faillite ou sa déconfiture, elle ne lui « donne une juste crainte de n'être pas remboursé (art. « 2003).

« Lors même qu'il n'a aucun motif légitime, il reste « encore libre de renoncer à exécuter le madat, pourvu « que ce soit en temps utile, et que le mandant puisse faire « personnellement ou par un autre ce dont il l'avait « chargé. »

Vrai encore; mais on ne voit pas davantage si *un préjudice considérable* que causerait au commissionnaire la continuation du mandat l'autorise à y renoncer impunément. Or, c'est de quoi il s'agit.

Cependant, puisque les auteurs cités appuient leur

(1) *Jurisp. gén.*, t. 2, v° *Commissionnaire.*
(2) T. 2, n° 558.

doctrine sur l'art. 2007, on doit croire qu'à leur avis cet article s'applique également, dans son entier, à la commission et au mandat civil; mais comme ils énoncent leur opinion sans en déduire les motifs, nous pensons devoir exposer ceux qui nous portent à ne la point partager.

Que le mandataire du droit civil, en péril imminent de souffrir un grand dommage s'il continue l'affaire, puisse s'en décharger sans être tenu du préjudice, quel qu'il soit, que sa renonciation va causer au mandant, on le conçoit. Rien n'est même plus juste. C'est une conséquence toute simple de la nature de son mandat, toujours réputé gratuit, s'il n'y a convention contraire. Reçoit-il un salaire, il a à dire que l'art. 2007 ne fait pas de distinction, et qu'on n'en peut créer une pour le priver de son droit.

Mais, outre que le commissionnaire est aussi salarié, il utilise son crédit et place ses capitaux, le tout sous la garantie d'un privilége que la loi lui assure, et qu'elle n'accorde pas au mandataire du droit civil. Il fait donc son commerce en acceptant la commission, comme le commettant fait le sien en la lui confiant. L'événement qui lui ravit le gain sur lequel il avait compté n'a point le caractère d'un cas fortuit, puisqu'il n'empêche pas que le mandat ne puisse être exécuté, et qu'il ne le puisse de la manière prescrite. Une si grande différence entre les deux mandataires en nécessite une dans leur responsabilté.

Par exemple, connaissant mon expérience et ma capacité en affaires, vous m'avez chargé de la liquidation et du partage d'une succession dont les intérêts sont fort compliqués; mais, pendant que je m'en occupe, j'apprends qu'à l'île Bourbon il s'est aussi ouvert à mon profit une hérédité qui exige ma présence, sans quoi je suis exposé à une perte considérable. Il est évident que, salarié ou non,

je ne puis être tenu de sacrifier mes intérêts aux vôtres.

Supposez-moi maintenant consignataire d'un navire, et chargé par vous d'en former l'équipage et la cargaison, de l'expédier, de faire les avances, etc.; à qui paraîtra-t-il juste que je puisse laisser là le navire et son armement pour aller au loin soigner mes propres affaires, sans égard à ma promesse et à l'immense préjudice que cet abandon vous cause? Vous apprenez que Pierre, votre débiteur véreux, a des marchandises pareilles aux miennes, et, craignant de n'être pas payé si sa vente est contrariée par une concurrence, vous renoncez à mon mandat afin de ne pas éprouver, me dites-vous, un préjudice considérable. Entre-temps, Pierre écoule ses indigos, les miens s'avilissent, et vous évitez la perte pour me la faire subir. Cela n'est pas loyal, cela n'est pas juste. Le bon ordre et l'intérêt du commerce ne permettent pas de cesser brusquement ainsi des opérations commencées avec la confidence de secrets dont l'abus n'est que trop facile.

Il n'est donc pas aisé de comprendre pourquoi le législateur portugais a servilement transporté dans l'art. 61 de son Code de commerce (1) l'art. 2007 de notre Code civil. Les Espagnols n'ont eu garde d'en user ainsi. Il est bien dit, art. 143 de leur Code, que le commettant peut toujours, dans quelque état que soit l'affaire, révoquer la commission, la réformer ou la modifier (2), mais nulle

(1) « O mandatario pode renunciar ao mandato notificando ao « mandante a sua renuncia todavia se desta renuncia provier pre- « juizo ao committente o commisario e por elle responsavel, *salvo « achando-se o mandatario na impossibilidade de continuar no man- « dato sem soffrer elle mesmo damno consideravel.* »

(2) « El comitente tiene facultad en cualquier estado del negocio « de revocar, reformar ò modificar la comision, etc. »

mention en faveur du commissionnaire de la faculté d'y renoncer, si ce n'est pour un seul cas dont nous nous occuperons dans un instant.

187. — La disposition finale de l'art. 2007 du Code civil étant inapplicable au commissionnaire, il reste à rechercher quelles justes causes peuvent autoriser sa renonciation.

« Les lois, dit Pothier (*Mand.*, n° 41), rapportent, en « troisième lieu, le cas du dérangement des affaires du « mandant, survenu depuis le contrat (*seu ob inanes rei* « *actiones*) (1). Il est juste que le mandataire soit, en ce « cas, déchargé de l'obligation d'exécuter le mandat pour « l'exécution duquel il aurait des avances à faire, etc. »

Le principe est très-vrai ; mais il ne se fonde pas sur la loi citée par Pothier. Cette loi signifie que, si je me suis chargé de poursuivre votre débiteur, qui depuis est devenu complétement insolvable, ou qui déjà l'était à notre insu, je suis excusable de n'avoir point exécuté le mandat. Le mot *reus* dit assez qu'il ne s'agit point du dérangement des affaires du mandant, mais de l'insolvabilité de son débiteur. *Sensus est*, dit Faber en expliquant cette loi (2), *non posse imputari mandatario cur reum non convenerit, et ad condemnationem usque non urserit, si comperit nihil in bonis debitoris fuisse ex quo satisfieri judicato potuerit, præter actiones easque inanes, cùm executio mandati et judicii fieri non potuerit sine magnis sumptibus qui utique mandantis periculo damnoque cessuri fuerant, si debitor fuisset condemnatus.* C'est-à-dire que, si

(1) Sanè si valetudinis adversæ, vel capitalium inimicitiarum, L. 23, seu ob inanes rei actiones, L. 24, seu ob aliam justam causam excusationes allegat, audiendus est (L. 25, D. *Mand.*).

(2) *Ration.*, t. 5, p. 57.

je sais votre débiteur dans l'impuissance de payer, je dois vous épargner des frais inutiles, et le principe est encore vrai, pourvu qu'il ne s'agisse pas de conserver au mandant quelque recours contre des tiers, *v. g.*, comme dans l'espèce de lettres de change ou de billets passés à l'ordre du commettant. Hors ces cas et autres semblables, le devoir du mandataire est de donner promptement avis de l'état des choses, et d'attendre de nouvelles instructions. En effet, insolvable actuellement, le débiteur peut un jour cesser de l'être ; le mandant peut donc aussi avoir intérêt à obtenir une condamnation ; par conséquent nécessité de le mettre à lieu soit de confirmer son ordre, soit de le révoquer ou de le modifier. Négliger ce soin, c'est s'imposer l'obligation de prouver, ce qui est souvent fort difficile, que les poursuites eussent été entièrement frustratoires : *Diligentiæ, quandò profuturæ non sunt, impunè possunt omitti; sed spectat ad omittentem probare quòd profuturæ non erant* (Casareg., Disc. 54, nos 49 et 50).

Mais, quoique la loi invoquée par Pothier soit faite pour une autre espèce que le cas auquel il l'applique, il n'en est pas moins certain qu'une des plus justes causes de la renonciation au mandat, c'est le dérangement des affaires du commettant, survenu ou connu depuis le contrat. Ce cas, prévu par l'art. 125 du Code espagnol, suppose que le commissionnaire avait pris l'engagement d'avancer les fonds nécessaires pour l'accomplissement de la commission ; mais, comme il ne s'en était chargé que dans la confiance d'être remboursé, il est de toute justice qu'il puisse impunément s'en décharger du moment où cette confiance vient à cesser par un motif grave.

Il en serait autrement si, lorsqu'il a contracté, le commissionnaire n'ignorait pas la position critique du commettant, nul ne pouvant se dégager d'une obligation,

sous le prétexte d'un danger auquel il s'est librement exposé, malgré la connaissance qu'il en avait acquise.

On voit bien que le dérangement des *affaires* ne s'entend pas ici d'une faillite ouverte, mais de cet état de solvabilité douteuse qui en est ordinairement un indice précurseur, comme si, par exemple, le commettant ne payait pas ses dettes non commerciales, si les banquiers lui avaient retiré ses crédits, si sa femme plaidait en séparation de biens, etc. ; en un mot, s'il paraissait être, comme le dit Casaregis, *decoctioni proximus*. Chacun de ces indices peut autoriser la renonciation au mandat. En général, la faillite y met fin et ne permet plus qu'on l'exécute.

Mais, pour que la crainte qui motive la renonciation en soit réputée une juste cause, elle doit se fonder sur des faits concluants, tels que ceux qu'on vient d'indiquer, ou autres semblables. De simples soupçons, des conjectures sans appui sur des faits propres à leur donner le caractère de présomptions graves, ne sauraient légitimer une renonciation inopportune, qui, étant, par l'expression de ses motifs, de nature à porter atteinte au crédit du commettant, lui donnerait, pour ce seul fait, le droit de demander des dommages-intérêts, outre ceux résultant de la renonciation elle-même. L'art. 125 du Code espagnol astreint le commissionnaire à prouver, *par des actes positifs*, que le commettant a notoirement perdu son crédit et qu'il est mal dans ses affaires (1).

Chez nous, c'est une appréciation entièrement abandonnée aux lumières et à la prudence du juge.

Au surplus, alors même que le commissionnaire est bien fondé dans sa renonciation, à part les avances, il n'en

(1) « Que sobrevenga un discredito notorio que pueda probarse « por actos positivos de derrota en el giro y trafico del comitente. »

doit pas moins à l'affaire commencée tous les soins qu'elle exige, non-seulement jusqu'à ce que sa détermination soit connue du commettant, mais encore pendant tout le temps raisonnablement nécessaire pour que celui-ci puisse pourvoir à ses intérêts. Jusque-là le commissionnaire demeure chargé du mandat, et répond du préjudice que son inaction pourrait causer. Il doit donc d'autant plus s'empresser de notifier sa renonciation, qu'elle peut s'évanouir avec son motif, si le commettant remet les fonds nécessaires. On peut objecter toutefois que, la renonciation étant légalement connue du commettant, le contrat a pris fin, qu'il ne peut dépendre de celui-ci de le faire revivre, et qu'il faut un nouveau consentement de la part du commissionnaire. C'est une question très-délicate, subordonnée aux circonstances, et principalement aux termes dans lesquels serait conçue la renonciation.

Dans le droit civil, quand la renonciation n'est pas acceptée de gré à gré, la notification s'entend d'un acte extrajudiciaire, du ministère d'un huissier, et rien n'en empêche l'emploi dans le commerce ; mais ce n'est pas l'usage ; il suffit de la correspondance.

188. — La loi romaine comprend au nombre des justes cause de la renonciation, le cas d'une inimitié capitale survenue depuis le contrat. « Le mandataire, dit Pothier, n° 40, « est, en ce cas, déchargé de l'obligation qu'il a contractée « d'exécuter le mandat : la raison est que les services qu'un « mandataire s'est obligé de rendre au mandant en acceptant le mandat, étant par leur nature un office d'amitié, « le mandat doit cesser par la rupture de l'amitié, étant « contre la nature des choses qu'un ennemi exige de son « ennemi un service d'amitié. »

Il suffit de lire ce commentaire pour reconnaître que,

malgré tout ce qu'il a de juste et de décisif par rapport au mandat gratuit, le seul dont Pothier s'occupe, il ne s'applique nullement à la commission, qui, étant, des deux parts, un acte de commerce, ne se fonde pas sur l'amitié, mais sur l'intérêt réciproque des parties, et sur la confiance de chacune d'elles dans la probité et la solvabilité de l'autre. Or, l'inimitié ne suffisant pas à détruire cette confiance, dont la source n'est point dans le sentiment contraire, elle ne peut pas plus autoriser une renonciation intempestive qu'opérer le résiliement d'un bail ou la résolution d'une vente.

189. — Une troisième juste cause de renonciation, suivant la loi romaine, c'est quand il survient au mandataire une maladie qui l'empêche de remplir son obligation. « Il est évident, dit Pothier (*Mand.*, n° 39), que le mandataire, lorsqu'il se charge du mandat, n'entend s'en charger qu'autant que sa santé lui permettra de l'exécuter. Lorsqu'une maladie qu'on ne prévoit pas devoir survenir, l'en empêche, c'est un cas fortuit dont il n'est pas garant. On ne doit pas exiger de lui l'impossible. »

En toute espèce de droit, rien n'est plus certain : *Impossibilium nulla obligatio est* (L. 185, D., *De reg. jur.*). On ne connaît pas de règle plus absolue.

Cependant, comme le cas fortuit ne tombe ici que sur la personne (1), l'affaire, *in se*, n'en reste pas moins faisable.

Mais le commissionnaire peut-il quelquefois impunément en charger un autre?

(1) Dans tout ce qui concerne les substitutions de mandat, jusqu'au n° 201 inclusivement, nous n'entendons parler du cas fortuit qu'en tant qu'il empêche physiquement le mandataire d'agir en personne.

S'il le peut, quand le peut-il?

Quand il le peut, le doit-il?

La réponse à ces graves questions ne saurait se trouver que dans une exposition analytique des théories comparées du droit civil et du droit commercial sur les substitutions de mandat. D'ailleurs, rien n'est plus propre à mettre en évidence cette grande vérité proclamée dans le discours préliminaire du projet de Code civil : L'ESPRIT DE CES LOIS (celles du commerce) DIFFÈRE ESSENTIELLEMENT DE L'ESPRIT DES LOIS CIVILES (1).

Voici d'abord le texte de l'art. 1994 du Code civil :

« Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué « dans sa gestion : 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de « se substituer quelqu'un ; 2° quand ce pouvoir lui a été « conféré sans désignation d'une personne, et que celle « dont il a fait choix était notoirement incapable ou insol- « vable.

« Dans tous les cas, le mandant peut agir directement « contre la personne que le mandataire s'est substituée. »

190. — Pour traiter méthodiquement cette matière importante et ardue, il faut considérer le mandat dans ses expressions et dans son objet, en combinant le tout avec les circonstances dans lesquelles le mandataire peut se trouver au moment de l'exécution.

(1) Il est remarquable qu'en parlant des obligations conventionnelles, MM. Portalis, Bigot-Préameneu, Tronchet et Malleville, auteurs de ce beau discours et vrais fondateurs du Code civil, n'ont pas employé une seule fois, ou plutôt ils ont évité cette locution : *droit commun*, nécessaire pourtant s'ils eussent voulu faire entendre que le droit commercial n'est, comme on le répète sans cesse, qu'un droit *exceptionnel*; ils disent toujours lois *civiles*, lois *commerciales*, lois *particulières* au commerce (*peculiares*), qui lui sont propres, qui sont donc des lois *sui generis*.

Ou le mandat lui permet de se substituer quelqu'un, ou il le lui défend, ou il est également muet sur la permission et sur la défense.

191. — Si la substitution est autorisée, le mandant peut avoir donné ce pouvoir dans l'intention que le mandataire en use, ou n'en use pas, sans autre motif que sa propre volonté; mais le mandataire peut aussi ne l'avoir reçu que pour le cas seulement où il serait détourné par des considérations graves, ou empêché par un accident fortuit de faire, en personne, l'affaire qui lui est confiée. C'est ce dont on juge d'après les termes du contrat et l'appréciation des circonstances.

Dans la première hypothèse, libre au mandataire de procéder lui-même à l'exécution du mandat, ou de se décharger sur un autre de l'obligation de l'exécuter;

Au second cas, la substitution n'est plus une faculté; c'est un devoir. La raison est qu'en donnant cette autorisation de prévoyance, le mandant est censé l'avoir fait, pour le moins, autant dans son intérêt que dans celui du mandataire, à moins que le contraire ne soit stipulé, ou ne résulte des circonstances ou de l'objet du mandat. Ce qu'il a voulu surtout, c'est que son affaire fût faite, bien plus qu'il n'a voulu qu'elle le fût par le mandataire exclusivement. La preuve, c'est le pouvoir de la substitution, qu'il n'aurait pas donné s'il eût entendu que son mandat ne pût être rempli que par celui-là même à qui il l'a confié.

Le mandant a-t-il désigné la personne qui, le cas échéant, doit être substituée, nul autre choix n'est permis, sous peine d'en répondre, quelle que soit la réputation de la personne choisie.

Tout ce qui précède est commun à l'un et à l'autre droit.

Si le mandat qui permet une substitution est muet sur la personne, le commissionnaire et le mandataire du droit civil répondent du substitué, chacun selon les règles et les distinctions expliquées nos 202 et suiv.

Quand la personne désignée n'a plus la réputation de probité et de solvabilité qu'elle avait lors de la désignation, et que l'affaire ne requiert pas célérité, le mandataire de l'un et l'autre droit est tenu d'en informer le mandant, pour qu'il puisse, s'il le veut, désigner une autre personne ; c'est une obligation que l'équité seule impose, même dans le droit civil.

Mais, dans le droit commercial, si l'urgence est telle qu'il y ait péril en la demeure, le commissionnaire qui ne peut exécuter lui-même le mandat, doit choisir une autre personne que celle désignée, l'espèce rentrant alors dans le cas insolite dont il sera parlé nos 207 et suiv.

Au contraire, selon le droit civil, ce n'est pas là une obligation, c'est une faculté.

Si donc le mandataire en use, il répond indéfiniment des faits de son substitué, qu'il ait ou non commis une faute dans le choix de la personne.

Le commissionnaire répond aussi du sien, mais alors seulement qu'il a été imprudent dans le choix qu'il en a fait. Il est sensible que sa condition ne peut être pire quand il fait une chose que la nature spéciale de son mandat l'oblige à faire, que s'il la faisait par l'ordre exprès du commettant.

192. — Lorsque le mandant a interdit la substitution, et qu'au mépris de cette volonté, le mandataire charge un autre de l'affaire dont il est chargé lui-même, n'agissant point alors en vertu du mandat, mais contre le mandat, il se transforme en un *negotiorum gestor*, qui

gère nonobstant la défense du maître ; car le soin que le mandant avait pris d'interdire la substitution témoignait de sa volonté que son affaire ne fût pas faite, si elle ne l'était point par le mandataire en personne.

Il n'en résulte pourtant pas, dans l'un ni l'autre droit, que le mandant puisse répudier l'affaire par cela seul qu'elle a été, contre son gré, faite par un autre que le mandataire ; mais il s'ensuit que ce dernier répond du sous-gérant, et qu'il en répond dans la mesure de la responsabilité d'un *negotiorum gestor* qui a géré malgré le propriétaire. L'étendue de cette responsabilité est expliquée *suprà*, n°s 99 et suiv.

193. — Si le mandant ne permet ni ne défend une substitution, Il faut distinguer : ou rien n'empêche physiquement le mandataire d'agir lui-même, ou il en est empêché par un cas fortuit.

194. — Pour la première espèce, c'est une maxime reçue que le mandataire doit personnellement exécuter le mandat. La loi romaine ne prévoit même pas le cas d'une substitution. Quand le mandataire se trouve empêché, dit cette loi, il doit s'empresser d'en informer le mandant. Lui est-il impossible de donner cet avis, il n'a plus rien à faire : *Si intelligit explere se id officium non posse, ipsum cùm primùm poterit debet mandatori nunciare ut is, si velit, alterius operâ utatur; si aliquâ ex causâ nunciare non poterit, securus erit* (1).

« Lorsque le mandataire, dit Pothier (*Mand.*, n° 99), a « fait, non par lui-même, mais par une personne qu'il « s'est substituée, l'affaire dont il était chargé, quoiqu'il « n'eût pas le pouvoir de se substituer un autre que lui

(1) V. Faber, *Ration.*, t. 5, p. 63, L. 27, § 2, D. *Mand.*

« pour la faire, il est évident que le mandataire a, en ce « cas, excédé les bornes du mandat, et que ce qui a été « fait n'oblige pas le mandant, s'il ne juge pas à propos, « de le ratifier (1). »

« Le commissionnaire, dit l'art. 136 du Code espa- « gnol (2), doit faire par lui-même les commissions qui « lui sont confiées, sans pouvoir les déléguer à un autre, « s'il ne reçoit auparavant, pour cet effet, l'autorisation « du commettant, ou que celui-ci ne la lui ait donnée dès « le commencement. »

Même principe dans le droit anglais. Le pouvoir donné, dit W. Paley, p. 148, n° 1, ne peut être exécuté que par

(1) Pothier confond encore ici, comme il le fait toujours, le *negotiorum gestor* avec le *negotiorum susceptor*, ou, si l'on veut, la gestion d'affaires avec la stipulation pour autrui.

Quand, malgré la défense de me substituer quelqu'un, je me substitue Jacques, je me porte *negotiorum gestor* pour le fait de cette substitution. Si Jacques a mal géré, je réponds du préjudice *quanti mandantis interest*; s'il a bien fait l'affaire, nul besoin de ratification. Mais si Jacques a fait quelque chose au delà de l'affaire portée au mandat que j'avais reçu, je suis devenu par lui, respectivement au mandant, un *negotiorum susceptor*, et c'est alors qu'il me faut une ratification, pour que cet excédant ne reste pas à mon compte (art. 1998 C. civ.). Tel est le cas où, quand j'ai l'ordre d'acheter pour vous quarante barriques de soude, mon substitué se permet d'en acheter quatre-vingts. Mais, quant aux quarante commandées, si elles sont loyales et marchandes, en un mot, telles que vous les avez voulues, en quoi peut-il vous importer que je ne les aie pas achetées moi-même ?

Toutefois, si Jacques a mal géré, *v. g.*, en détournant ou en altérant quelques-unes de vos barriques de soude, à moi d'en répondre.

Dans l'un et l'autre droit, voilà le double effet possible d'une substitution que le mandat n'autorise point.

(2) El comisionista debe desempenar por si los encargos que reciba, y no puede delegarlos sin previa noticia y conocimiento del comitente ó de antemano estuviere autorisado para esta delegacion, etc.

celui-là seul à qui il est confié, parce que la confiance étant personnelle, elle n'est point transmissible à un étranger (1).

Baldus, Tuschi, Ansaldus, Marquardus, Straccha, en un mot tous les anciens docteurs qui ont écrit sur le droit commercial, enseignent la même doctrine ; et Casaregis, après avoir posé le principe en ces termes : *Industria et fides mandatarii censetur semper electa, ideò alium substituere non potest* (2), en déduit ainsi la conséquence : Si, pour accomplir le mandat qui lui est confié, le mandataire délègue son pouvoir, ce n'est jamais qu'à ses risques et périls; il doit s'imputer et à lui seul doit nuire cet excès du mandat. Recourir, sans autorisation, à des services étrangers, c'est commettre une faute, et répondre du préjudice que le maître en peut souffrir : *Si, ad expediendum mandatum sibi collatum, alium eligit, semper ipsius periculo facit, sibique hujus ordinis inobservantiam imputare ac nocere debet ; utens enim operâ alienâ, et, diversimodè disponens ab eo quod in mandatis habet, dicitur in culpâ, atque damnum quod indè domino eveniat, de proprio emendare tenetur* (Casareg., Disc. 225, nº 16).

Tout cela est encore également vrai dans le droit civil et dans le droit commercial.

Mais c'est principalement dans le commerce qu'il importe de tenir la main à la stricte exécution du principe que la confiance est incessible ; car ce qui, en général, détermine le choix d'un commissionnaire, ce n'est pas

(1) A delegated authority can be executed only the person to whom it is given ; for the confidence being personal, cannot be assigned to a stranger.

(2) Disc. 136, nº 3.

seulement sa probité, sa capacité dans le genre de négociations auquel se rapporte l'objet du mandat ; c'est encore son crédit, son exactitude, sa facilité en affaires, et les relations plus ou moins étendues qui le mettent à lieu de donner à ses *amis* des renseignements utiles pour la gouverne et la suite de leurs opérations.

195. — Mais que décider, et c'est ici notre seconde hypothèse, lorsque le commissionnaire à qui la substitution n'est ni permise ni interdite, se trouve personnellement empêché par l'effet d'un cas fortuit ?

Il faut distinguer encore.

Si la conclusion de l'affaire est de nature à être différée sans préjudice pour le commettant, et qu'il soit possible de le renseigner à temps, il est sans difficulté que le cas fortuit n'autorise point le commissionnaire à se donner un substitué ; ou du moins ne le peut-il qu'en se transformant en un *negotiorum gestor*, responsable des faits du sous-gérant qu'il se substitue, que le choix en soit bon ou mauvais.

196. — Mais, lorsque l'urgence de l'affaire concourt avec le cas fortuit, si le commissionnaire se substitue quelqu'un, répond-il du substitué ? S'il ne le fait pas, répondra-t-il de l'inexécution préjudiciable ?

Les auteurs ne se sont occupés que de la première de ces deux questions, et l'on voit dans Casaregis que, de son temps, elle divisait les jurisconsultes. « De tous les « docteurs qu'on pourrait, dit-il, citer sur la matière, il « n'en est aucun qui n'ait discuté le point de savoir si et « quand le substituant est tenu du fait ou de la faute du « substitué, lorsque le mandant ou le maître n'a ni tacite- « ment, ni expressément permis, autorisé ou voulu la

« substitution; car, s'il l'a fait, plus de difficulté, partant « de matière à controverse » : *Omnes doctores qui, per possibile allegari possunt in hujusmodi puncto, hoc disputant articulum: an et quandò præponens teneatur pro facto aut culpâ substituti, in supposito quòd nulla intervenerit sive tacita, sive expressa permissio, licentia aut voluntas principalis vel domini, quâ interveniente, omnis difficultas perimitur, et quælibet disputandi occasio aufertur* (Disc. 225, n° 46) (1).

Nous verrons bientôt comment le célèbre magistrat de la Rote de Gênes prononce sur la difficulté. Examinons-la d'abord sous le rapport du droit civil, et sous le rapport du droit commercial.

Voici comme M. Malleville rend compte de la discussion qui s'établit au Conseil d'État sur l'art. 1994 :

« On agita la question de savoir si le mandataire devait « avoir la faculté de se substituer, lorsque le mandat ne « lui en donnait pas expressément le pouvoir, ou s'il était « censé avoir cette faculté, par cela seul que le mandat « ne la lui interdisait pas.

« D'un côté, on disait que pour l'intérêt même du mandant, il fallait que le mandataire pût se substituer, si, « par exemple, il tombait malade dans un moment où il « était urgent d'agir.

« On se réunit à cette dernière opinion, par la considération surtout de la responsabilité établie par notre « article. Si le substitué fait mal, le mandataire en répond; s'il fait bien, qu'importe au mandant par qui le « bien se fasse? »

En lisant ce compte rendu, on croirait, au premier

(1) Ce discours est intitulé : *Responsum pro veritate*, c'est-à-dire consultation d'équité.

aspect, qu'on fit perdre le procès à l'opinion qui le gagna. En effet, quoi de plus semblable à une défense qu'une permission avec la clause pénale de répondre de tout, pour peu qu'on en fasse usage? Cependant, si la cause du mandataire ne triompha pas complétement, elle obtint un succès qui n'est pas à dédaigner; voici le sens de l'article discuté :

Il en résulte, contrairement à l'opinion de Pothier, ci-dessus rapportée, n° 194, et c'était le point culminant du débat; que le mandant ne peut répudier l'affaire, sur l'unique motif qu'elle a été faite par une autre personne que celle qu'il en avait chargée; mais qu'alors même que celui qui en a charge, se trouve, par un accident fortuit, dans l'impossibilité de la gérer personnellement, il répond du tiers auquel il en confie la gestion.

Nous évitons ici le mot *substituer* employé dans l'art. 1994 pour tous les cas indistinctement, parce que l'expression manque de justesse dans le cas particulier dont M. Malleville rend compte. Lorsque, tombé malade, je confie à un autre l'affaire dont vous m'aviez chargé, on ne saurait dire que je fais une substitution, car l'effet du cas fortuit est de me délier de mon obligation de mandataire; or, sans cette obligation, point de contrat de mandat, et je ne puis substituer personne dans un pouvoir essentiellement corrélatif à une obligation que je n'ai plus.

Que suis-je donc dans le droit civil, par rapport au mandant, quand je commets à un tiers la gestion dont j'avais été chargé? Evidemment, un *negotiorum gestor*. Il est même impossible que je sois autre chose; car dégagé de mon obligation, et libre de ne me mêler en rien de l'affaire, si je donne ordre de la gérer, c'est de ma part un fait *volontaire*, puisque l'espèce suppose que je

n'ai pas mandat de me substituer quelqu'un. Or, c'est précisément un tel fait qui constitue le quasi-contrat *negotiorum gestorum* (art. 1372 C. civ.). « Si je n'ai pas commencé à gérer quand je donne le mandat, dit M. Delvincourt, je deviens gérant en le donnant (1). »

Voilà pourquoi M. Malleville a soin de nous avertir (*loc. cit.*) que c'est dans le sens des lois 22 D., *De neg. gest.*, et 4, C., *eod. tit.*, que fut adopté l'art. 1994 (2).

Mais, objectait-on dans le Conseil d'Etat, si le mandataire tombe malade ; si l'affaire ne souffre pas de retard, et qu'il soit pour le mandant d'un grand intérêt qu'elle ne périsse pas; et probablement ajoutait-on, si le substitué a la réputation d'un homme probe, capable, solvable, serait-il d'une législation juste et bien entendue d'imposer au mandataire la responsabilité d'un tel choix? La confiance ne se passe point à ordre, fut-il répliqué. Si le mandataire eût agi lui-même, il répondrait de sa mauvaise gestion ; il faut donc qu'il réponde de celle du substitué; rien n'est plus conséquent ; c'est son *alter ego.*

Ainsi, pour ne répondre de rien, le mandataire, empêché par cas fortuit, doit abandonner l'affaire au point où elle se trouve, et ne plus s'en occuper ni de près ni de loin; voilà le droit civil. La logique ne peut rien lui reprocher. C'est un raisonnement parfait : vous n'aviez pas mandat

(1) Tome 3, p. 468.

(2) Mandatu tuo negotia mea Titius gessit; quòd is non rectè gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris; non in hoc tantùm ut actiones tuas præstes, sed etiàm quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti negligentia ejus fecit, tu mihi præstes (L. 22, *De neg. gest.*).

Qui pupillæ negotia tutoris mandato suscepit, pro tutore negotia non videtur gessisse, sed negotiorum gestorum actione pupillæ tenebitur (L. 4, C., *De neg. gest.*

de vous substituer quelqu'un et vous l'avez cependant fait; or, *qui mandat, ipse fecisse videtur;* donc, etc.

197. — Mais cet article 1994 qui encourage si mal aux actes de bienfaisance, et ne pourvoit guère mieux aux intérêts du mandant, peut-il trouver entrée dans le droit commercial? Nous n'hésitons pas à le dire, il n'en faudrait pas davantage pour alarmer la bonne foi, détourner les négociants de s'entr'aider dans les *cas fortuits dont le commerce est environné* (1), compromettre une foule d'intérêts, et faire avorter un grand nombre d'opérations dans des occurrences urgentes, lorsque surtout le mandat ne doit être exécuté qu'après un long espace de temps, *v. g.*, au delà des mers, si fertiles en accidents inattendus.

Repoussé par l'intérêt du commerce, l'art. 1994 ne l'est pas moins par l'équité naturelle. Quand un mandataire n'a commis aucune faute dans le choix de son substitué, *lorsqu'il a fait pour autrui ce qu'il aurait voulu qu'on fît pour lui-même*, et qu'il a agi sous la contrainte d'une nécessité urgente, l'équité ne permet certainement pas de le rendre victime de sa bonne foi et de son obligeance. « C'est une règle reçue, dit Casaregis, que, dans « un cas de nécessité, on n'exige pas le consentement « qui, en toute autre circonstance, serait indispensable » : *Pro regulâ admittitur quòd in casu necessitatis non exigitur consensus ubi aliàs omninò requireretur.* Nécessité n'a pas de loi : *Necessità lege non have* (Disc. 36, n° 25). Or le cas fortuit qui empêche le commissionnaire d'agir luimême, le place évidemment dans l'actuelle et alternative

(1) Expressions des auteurs du discours préliminaire du projet de ode civil, *loc. cit.*

nécessité, soit de recourir à une substitution, soit de laisser périr ou souffrir l'affaire ou la chose qui lui est commise.

Ainsi nécessité, équité, intérêt du commerce, voilà, selon nous, les grandes considérations qui, dans l'hypothèse donnée, légitiment la substitution. Par conséquent nul besoin, pour la justifier, de recourir aux conjectures, et de leur demander quelle aurait été l'intention du commettant, si, par impossible, il eût connu le cas fortuit. Qui le saura jamais avec incertitude? Le commettant seul pourrait le dire, mais qu'importe? Le commissionnaire ne prenait pas son droit dans cette volonté hypothétique et rétroactive contre laquelle le mandant proteste, et qui n'existait pas au moment où il fallait agir (1). Il le tenait de la force des choses. Quant aux obligations du commettant envers lui, elles dérivent uniquement de l'équité naturelle, et c'est un exemple de plus pour prouver ce que, d'après Pothier, nous avons établi, *suprà*, n° 83, à savoir, que la seule équité suffit, en certains cas, à créer des engagements qui donnent une action en justice (2).

198.—Mais, bien que nous ne partagions pas le senti-

(1) Casaregis décide avec raison que le mandataire ne peut exciper d'une lettre qui ne lui était pas encore parvenue au moment où il a agi contre ou au delà du mandat : *Mandatarius non potest se fundare in epistolâ quæ, de tempore actûs, nondùm ad eum pervenerat* (Disc. 198, n° 48). Ainsi, je vous ai donné l'ordre de m'acheter quarante barriques de soude, et vous m'en achetez quatre-vingts. Ne sachant pas ce que vous avez fait, je vous écris d'acheter ce dernier nombre de barriques; mais je me ravise, et vous contremande de vous borner à l'achat de quarante. Si cette dernière lettre vous parvient avant celle qui vous mandait d'acheter quatre-vingts barriques, j'en puis laisser quarante à votre compte (V. t. 1, n° 102).

(2) Utilitatis publicæ gratiâ et ad ampliandam commerciorum libertatem, multa ex æquitate inducta sunt contrà strictam juris rationem (Faber, t. 3, p. 624, col. 1).

ment des auteurs à cet égard, il convient d'autant plus d'exposer leur doctrine, que des tribunaux y ont puisé les motifs de quelques décisions. Nous nous placerons donc, pour un instant, au point de vue de ces jurisconsultes. D'ailleurs, que leur doctrine soit la vraie, ou que la nôtre lui soit préférable, il s'ensuit toujours que l'art. 1994 est inadmissible dans le droit commercial, et c'est là surtout ce que nous avons à prouver.

M. Pardessus enseigue que la faculté de se substituer quelqu'un est facilement présumée dans les procurations commerciales. Nous pensons qu'il n'y a rien de vrai dans cette proposition. Mais si tout n'y est pas faux, elle peut du moins induire en erreur.

Lorsque le commissionnaire n'est pas mis par un cas fortuit dans l'impossibilité d'agir lui-même et que l'affaire n'est pas urgente, non-seulement la faculté d'une substitution ne doit pas être facilement présumée ; on ne doit même pas la présumer du tout. Nous croyons l'avoir prouvé n° 194, et des autorités graves ont justifié notre opinion. Si donc celle du savant professeur avait quelque chose de conforme à la vérité, elle ne s'appliquerait qu'au seul cas où le commissionnaire est fortuitement réduit à l'impuissance d'agir en personne. Alors, disent les auteurs et la jurisprudence de certains tribunaux, on présume, non pas, comme M. Pardessus semble l'entendre, que le mandat contenait *ab initio* le pouvoir de se substituer quelqu'un ; l'évidence du contraire démentirait une telle supposition ; mais *que le mandant aurait donné ce pouvoir s'il eût prévu le cas fortuit, ou l'avait connu en temps utile.* « S'il naît un accident auquel on n'avait pas « pensé, dit Casaregis, le mandataire peut interpréter la « volonté du mandant, l'exécuter de la manière qu'il ju- « gera la plus prudente, et le mieux appropriée aux né-

« cessités du moment, comme l'aurait fait un bon père de « famille » : *Potevano in tel caso impensato, interpretare la volontà del mandante, ed esequirla in quella maniera che avea giudicato più prudente e propria, come avrebbe fatto un buono padre di famigliâ* (Disc. 119, n° 55).

*Mandatum*, dit encore Casaregis, *extenditur ad eum casum in quo mandans ipse, si fuisset interrogatus, idem verisimiliter respondisset* (Disc. 33, n° 16) ; c'est-à-dire, quand il est probable que le mandant aurait prescrit de faire ce qui a été fait, si le temps eût permis de l'informer des circonstances. Ce que Casaregis dit en cet endroit, une foule de docteurs l'avaient dit avant lui, et une foule d'autres docteurs l'ont répété après. Cette formule résume toute leur doctrine (1), et l'art. 816 du Code portugais (2) l'a érigée en loi.

(1) V. au Recueil de MM. Girod et Clarion, t. 2, p. 75, un jugement du tribunal de commerce de Marseille, en date du 28 février 1821, où il est dit : « Attendu..... que le seul point à examiner est celui de « savoir si le mandataire a agi dans l'intérêt du mandant, et ainsi « qu'il aurait donné ordre lui-même de le faire, s'il avait connu les « circonstances ; que, dans l'hypothèse... il n'est pas douteux que le « sieur Bouchor n'eût donné l'ordre au sieur Carle de vendre ainsi « qu'il a fait... à moins, ce qui n'est pas à présumer, que le sieur « Bouchor eût voulu agir contre ses intérêts. »

A la vérité, il s'agit dans ce jugement d'un autre excès de mandat que celui d'une substitution non autorisée par le commettant. Mais cette doctrine s'étend à tous les cas fortuits. Si le sieur Carle, empêché dans sa personne, eût fait une substitution non autorisée, sans commettre de faute dans le choix de la personne, les motifs de la décision auraient exactement été les mêmes.

(2) Achando-se o commissario n'um caso não previsto para a execução do mandato, pode interpretar a vontade do committente, e executa-la do modo que julgar mais opportuno e proprio preenchendo a vontade de committente pela sua vontade presumida, segundo o uso do commercio em taes circumstancias. C'est-à-dire : « Le commissionnaire se trouvant dans un cas non prévu pour » l'exécution du mandat, peut interpréter la volonté du commettant

Dans ce système, non-seulement on présume que le mandant aurait donné le pouvoir d'une substitution, s'il eût prévu ou connu le cas empêchant; on présume, en outre, si certaines circonstances ne s'y opposent, qu'il eût désigné la personne même que le mandataire s'est substituée. Or, l'effet de cette extension présomptive du mandat, c'est qu'en faisant la substitution, le mandataire n'agit pas en qualité de *negotiorum gestor*, comme dans l'espèce de l'art. 1994 ; il agit en mandataire qui aurait le pouvoir exprès de faire ce qu'il a fait, et comme il l'a fait ; *mandatum extenditur.*

Enfin, dans l'un et l'autre système, l'urgence et le cas fortuit une fois reconnus, on n'exige plus qu'une seule chose, que le commissionnaire n'ait pas commis de faute dans le choix de son substitué. C'est précisément là ce qui, selon les auteurs, autorise la présomption que le commettant lui-même l'aurait également choisi : *mandatarius, si elegit personam idoneam, juxtà mentem mandantis tunc fecisse dicitur* (Casareg., Disc. 36, n° 6). Mais cela prouvé, le commissionnaire ne répond en rien des effets de la substitution. Casaregis le dit encore expressément, malgré la juste sévérité avec laquelle il condamne, en général, les délégations de mandat : *Mandatarius dicitur diligens si elegit eum qui idoneus et integræ fidei habebatur : ac sufficit solùm eam adfuisse de tempore electionis factæ, non curato eventu contrario* (Disc. 36, n°ˢ 10 et 11).

Ainsi la doctrine de Casaregis, aussi bien que la nôtre, exclut du droit commercial l'art. 1994 du Code civil.

« et l'exécuter de la manière qu'il jugera la plus opportune et la plus « propre, en remplissant la volonté du commettant par sa volonté « présumée, suivant l'usage du commerce en pareilles circonstances.»

On voit que cet art. 816 du Code portugais est la traduction à peu près littérale du assage tiré du Disc. 119 de Casaregis.

199. — Mais alors, dira-t-on, qu'importe laquelle suivre?

Il importe beaucoup. Celle de Casaregis n'est qu'un *bill d'indemnité* donné au mandataire, qui, selon cette doctrine, aurait pu s'abstenir. La nôtre lui impose une obligation correspondante à son droit, celle de répondre du dommage quand, pouvant opérer la substitution, et faute d'y recourir, il laisse périr la chose ou l'affaire du commettant (1). Or rien n'est plus conforme aux *véritables règles du commerce*, la bonne foi et l'équité.

En effet, pourquoi serait-il injuste que le commissionnaire répondît du substitué, et perdît, en outre, ses avances et sa commission? Parce qu'en se substituant quelqu'un, *il a fait pour autrui ce qu'il aurait voulu qu'on fît pour lui-même.* Voilà le grand motif. Par conséquent sa condamnation est très-juste, s'il viole le précepte dont l'accomplissement l'eût protégé.

(1) Tous les anciens docteurs enseignent que lo mandat d'un commissionnaire doit être exécuté *ad unguem*, et pourtant ils sont pleins de maximes, pures variantes du principe de Casaregis *mandatum extenditur*, etc. Ainsi vous trouvez dans le card. Tuschi : *fines mandati non dicitur excedere procurator, si facit ea quæ verisimiliter ad suam utilitatem mandans fecisset* ; dans Marquardus, *mandatum quamdoque adimplendum est ut fieri potest*, et autres maximes semblables; tout cela est pour nous dire que, quand un accident qu'on ne peut surmonter rend impossible l'exécution du mandat selon sa forme, et qu'il y a urgence, le commissionnaire est libre d'agir autrement. Ces jurisconsultes n'ont pas pris gardo que, dès qu'il est devenu impossible d'exécuter les prescriptions d'un mandat, il n'y a plus do mandat. C'est comme si, dans lo principe, il eût été donné pour faire une chose impossible : *impossibilium nulla obligatio est.* Alors, ainsi que nous l'avons dit, le commissionnaire reçoit un nouveau mandat de la nécessité et de l'équité naturelle. Dans tous les temps, on a fait aux matelots l'obligation do travailler au sauvetage des effets naufragés, et l'ordonnance do 1681 ne fit, à cet égard, que constater un usage universel et immémorial.

Ainsi se résout notre troisième question, Casaregis ne l'exprime même pas, et aucun autre auteur, que nous sachions, ne s'en est occupé.

Nous sommes donc appelants de cette série de conjectures inutiles (1) sur lesquelles se fonde l'enseignement de Casaregis. Quand le commissionnaire, dans les circonstances et l'éloignement où on le suppose, se serait trompé sur l'intention du commettant, ce dont on ne peut jamais acquérir la certitude, en quelle justice lui en faire un crime, et ne suffit-il pas qu'il ait agi prudemment, selon le *dictamen* de sa conscience? Encore une fois, deux considérations d'un ordre supérieur, l'équité et l'intérêt du commerce, suffisent à lui donner, non pas seulement la faculté, mais le droit impliquant le devoir, de faire, s'il en a la possibilité, une substitution sans laquelle les intérêts dont il est chargé se trouvent nécessairement compromis.

Au reste, nous pourrions dire que la doctrine de Casaregis renferme implicitement la nôtre ; car si, selon lui, le mandat s'étend à un droit qui, selon nous, est une obligation pour le commissionnaire, il est conséquent que le

(1) Nous disons *conjectures* et non pas *présomptions*, comme disent les auteurs dont on vient de résumer la doctrine. Pour dire *présomptions*, il faut un fait connu d'où l'on puisse tirer une conséquence à un fait inconnu. Or, dans l'hypothèse, le commettant n'est auteur d'aucun fait conduisant à la conséquence qu'il a autorisé la substitution. On prétend seulement qu'il aurait donné un tel pouvoir, s'il avait connu ce qu'il ignorait. Mais tous ces *conditionnels plus-que-parfaits* ne peuvent évidemment conduire qu'à une simple conjecture. La condamnation du commettant serait donc téméraire, si l'intérêt du commerce ne légitimait pas la substitution, sans égard à la volonté qu'il aurait ou n'aurait pas eue. C'est une inconnue qu'on ne peut jamais dégager, car il est très-possible que le commettant eût donné des ordres différents, *v. g.*, de consigner la marchandise.

même mandat s'étende, pour le commettant, au devoir de souscrire à ce qui a été fait. « Droit et devoir, a si « bien dit notre savant Toullier, sont deux corrélatifs qui « ne peuvent exister l'un sans l'autre. » (T. 6, n° 11.)

200. — Mettons cette théorie en application.

Dans le projet de former une entreprise de transport pour laquelle vous avez déjà fait des préparatifs, et sachant que j'ai été élève de l'École polytechnique, vous me donnez, à Dunkerque, notre commune résidence, le mandat, sans prix limité, et sans pouvoir ni défense de me substituer quelqu'un, d'aller à Saint-Malo où un bateau à vapeur est annoncé en adjudication, et de m'en rendre adjudicataire pour votre compte, si je le trouve propre à l'exploitation projetée.

Pendant le voyage, la veille de l'adjudication, je suis arrêté en vertu d'un mandat de M. Zangiacomi, comme prévenu, sur la fausse déclaration d'un témoin, d'un délit politique auquel je suis étranger. Mais, voyageant avec Jacques, homme riche alors, élève, comme moi, de l'École polytechnique, et ingénieur ordinaire des constructions navales, je le prie et il se charge de remplir la commission dont je sais que l'inaccomplissement vous causerait un préjudice considérable. Or il se trouve que Jacques commet quelque faute, ou même un dol dans l'exécution du mandat, *v. g.*, en colludant avec le propriétaire et un enchérisseur aposté ; il en résulte un grand dommage, et vous voulez que j'en sois tenu. *Quid juris?*

S'il se fût agi d'acheter un château, votre cause serait gagnée d'avance. Elle ne vous ferait pas honneur ; mais l'art. 1994 est là.

Dans l'espèce, je ne vous doit pas un centime; le cas fortuit, l'urgence, ma prudence, ma bonne foi, tout cela

est évident ; il suffit d'exposer le fait. Je n'avais pas le loisir de me livrer à de longues méditations sur la volonté que vous auriez eue si....... (1), mais un éclair de temps suffisait à me faire savoir ce que j'eusse fait pour moi-même ; or, c'est précisément ce que j'ai fait pour vous. Où serait la faute ? C'est si j'eusse laissé périr l'affaire quand je pouvais la sauver. Je regrette que Jacques ait démenti ses précédents d'honnête homme ; mais qui l'aurait prévu ? C'est un nouveau cas fortuit, je n'en réponds pas plus que de l'autre.

Nous ne craignons pas de le dire, il n'est point de juge commercial qui ne décidât ainsi, *intuitu habito ad Deum et veritatem.*

201. — Aux diverses causes de renonciation que la loi romaine précise, elle ajoute une disposition générale embrassant toutes les autres causes que le législateur ne voulait ou ne pouvait préciser, et l'appréciation en est remise à l'équité du juge ; *seu ob aliam justam causam.*

Pothier cite deux exemples de l'application de cette loi. « Si étant à Paris, dit-il, je m'étais chargé d'une « affaire que vous y aviez, et que j'aie été obligé d'en « partir pour une affaire indispensable qui m'est survenue, « ce départ est une juste cause d'empêchement qui doit « me décharger de mon obligation.

« Il en est de même si, sans quitter Paris, il m'y est « survenu des affaires que je n'avais pas prévues, qui de- « mandent tout mon temps, et qui ne me laissent pas le « loisir d'exécuter le mandat ; car je n'ai entendu m'en « charger qu'autant que j'en aurais le loisir, et je n'ai point

(1) *Consilia quandòque non sunt quærenda, sed arripienda*, dit énergiquement Casaregis.

« entendu m'obliger d'abandonner mes propres affaires « pour exécuter le mandat. » (*Mandat*, n° 42.)

Cette cause de renonciation est consacrée par l'art. 2007 du Code civil, mais l'on a vu, n° 186, les preuves de son incompatibilité avec le mandat de commission. Encore une fois, tant que l'affaire est faisable *in se*, le commissionnaire en reste chargé et doit agir personnellement, quelque préjudice qu'en puissent souffrir ses intérêts pécuniaires. Mais que, dans le cas fortuit, il soit déchargé de cette obligation, rien n'est plus juste et plus conforme au droit ; car, par une exacte analogie, on peut dire que c'est ici le cas de la perte de la chose due. En effet, ce que je vous ai principalement promis en acceptant votre ordre, c'est l'emploi de ma capacité personnelle. Or, par rapport à vous, elle est comme si je l'avais perdue, puisqu'il m'est impossible de l'appliquer à votre affaire.

Mais, comme on vient de le voir dans le numéro précédent, entre le droit civil et le droit commercial, il existe encore cette autre différence : le mandataire du droit civil, empêché personnellement, n'est tenu de charger personne de l'affaire dont il était chargé ; s'il est prudent, il ne le fera même pas, tandis que, dans les mêmes circonstanses, c'est un devoir pour le commissionnaire, si l'affaire est urgente, et qu'il lui soit possible d'en charger un tiers convenablement.

202. — Après avoir déterminé le droit et le devoir du commissionnaire quant au fait même de la substitution du mandat, il reste à les examiner par rapport au choix de celui qu'il se substitue.

Selon le droit civil, quand le mandat confère le pouvoir de se substituer quelqu'un, mais sans désignation d'une personne, le mandataire ne répond de son choix

que si la personne choisie était notoirement incapable ou insolvable (art. 1994).

Cette responsabilité n'est assurément pas trop sévère; car, choisir un homme dont la notoriété publique proclame l'incapacité ou l'insolvabilité(1), quand ce n'est pas un dol, c'est à coup sûr, la plus grave des fautes: *Non nisi crassa nimis potest esse hæc ignorantia, si quis neget se scivisse, vidisse et intellexisse quod omnes viderunt, scriverunt, intellexerunt, aut saltem videre, scire et intelligere potuerunt; estque hic finis latæ culpæ ità ut progredi ulteriùs non possit.* (L. 223 *De verb. sig.* Faber, *Ration.*, t. 4, p. 46, col. 1). Mais il ne s'agit ici que du mandat de bienfaisance, *quod ex amicitiâ proficiscitur;* et, dans un siècle où tout s'individualise, la loi civile, écho des mœurs, ne peut beaucoup exiger de l'amitié : *Sufficit si in paucis subveniamus amicis.*

Cependant l'indulgence de la loi civile elle-même ne s'étend qu'au mandat gratuit; car, en parlant de la prestation des fautes, l'art. 1992 veut que la responsabilité soit plus rigoureusement appliquée au mandataire qui est rétribué qu'à celui qui ne l'est pas.

Puisqu'il en est ainsi dans le droit civil, à plus forte raison dans le droit commercial; car, outre que le commissionnaire est toujours salarié, la vigilance est une partie essentielle des devoirs du négociant : *Mercatores solent propria negotia cautè et diligentèr peragere* (Casareg., Disc. 137, n° 15). Or, s'il doit un grand soin à ses propres affaires, il le doit plus grand encore aux intérêts qui lui sont confiés.

(1) Notorium dicitur illud quod adeò omnibus liquet, quod quasi inficiari non potest. Alitèr definire notorium est valdè difficile (Scaccia, glos. 5, n° 88, p. 470).

Pour qu'il y ait faute dans le fait de la substitution, il n'est donc pas nécessaire que le substitué fût *notoirement incapable ou insolvable*. Un tel commerçant n'en a que le nom ou est en faillite. Il suffit que la personne, objet du choix, fût dans l'état décrit n° 188, *decoctioni proximus*, nous voulons dire dans cette position qui autorise le commissionnaire à renoncer au mandat; du moment où il n'aurait ni voulu, ni dû continuer sa confiance à cette personne, lui déléguer la confiance d'autrui est même plus qu'une faute; c'est un dol, une sorte de trahison.

Mais, en général, hors ce cas, le commissionnaire ne répond point d'un substitué, qu'il n'a aucun motif de juger désavantageusement. Quelle que soit la vigilance d'un négociant, il ne peut connaître les affaires de tout le le monde. Le commerce est une mer pleine d'écueils, et tel y paraît riche, qui est peut-être à la veille d'un naufrage. C'est ce qui fait dire à Casaregis : *Mercatores interdùm videntur divites, et reverà sunt pauperes; sunt semper in proximo statu decoquendi.* (Disc. 54, n° 28, et Disc. 76, n° 7.)

203. — Nous disons *en général*, car il est une espèce particulière d'agents commerciaux qui répondent indistinctement des effets de la substitution, alors même que leur choix est exempt de tout reproche. Ces agents sont les commissionnaires de transport.

Nombre de fois, avant la promulgation du Code de commerce, ces commissionnaires avaient essayé de secouer le joug de cette responsabilité indéfinie, et d'obtenir rang parmi les autres commissionnaires. « Nous « sommes, disaient-ils, préposés par les marchands pour « faire ce que ceux-ci feraient eux-mêmes. Nous devons « chercher un voiturier connu, et avoir soin de le charger

« des déclarations requises; cela fait, notre mandat est « fini, et, de même que des marchands à qui l'on de- « mande d'expédier des marchandises, ne répondent ni « des événements de la route, ni des fautes des voituriers, « on ne peut nous imposer cette obligation. Nous ne « sommes les uns et les autres que des mandataires pour « choisir un voiturier, et lui procurer les actes néces- « saires à la sûreté des trasports. » (Merlin, *Rép.*, v° « *Commissionnaire*, § 6.)

Il n'était pas facile, disons mieux, on ne croit pas possible de repousser par le seul raisonnement une réclamation si bien fondée sur les principes du droit. Elle a cependant toujours succombé sous l'autorité de la coutume, et la jurisprudence était constante à cet égard, lorsque l'art. 99 du Code de commerce vint formuler en loi ce qu'un antique usage avait consacré. C'est encore le sacrifice du droit civil et de la logique à l'intérêt général du commerce, dont le mouvement serait ralenti, et le bon ordre troublé chaque jour par une infinité de procès, si le commissionnaire expéditeur n'était pas indéfiniment responsable de celui auquel il adresse intermédiairement les effets à transporter.

On voit dans M. Locré sur l'art. 99 que, lors de la discussion au Conseil d'État, il fut demandé quelle solidarité peut exister entre le commissionnaire qui se charge du transport et le commissionnaire intermédiaire auquel il adresse les marchandises; et que M. Regnaud répondit : Cette solidarité vient de ce que « le commissionnaire doit « répondre du voiturier et des agents qu'il emploie ; ainsi « il demeure responsable jusqu'à ce que les marchandises « soient arrivées à l'acheteur (1). » Cette réponse, qui

(1) Le Code espagnol, au lieu de parler de l'agent intermédiaire,

paraît avoir été prise pour comptant, ne serait peut-être pas sans réplique ; car, m'ayant chargé d'expédier vo marchandises par terre, *v g.*, de Brest à Rome, vous ne pouviez ignorer que j'aurais besoin de recourir à un intermédiaire, celui-ci à un autre, etc.; vous aviez ainsi virtuellement autorisé la substitution. Si vous m'eussiez remis un effet à recouvrer sur la même ville, c'eût été encore une autorisation implicite. Pourquoi donc suis-je indéfiniment responsable dans le premier cas, et point dans l'autre? La nécessité y est la même de faire agir un tiers. Le vice de la réponse de M. Regnaud, c'est, ou de convenir à tous les commissionnaires, ou de ne convenir à aucun. Mais toute discussion est inutile sur un point textuellement réglé par la loi : *Omnis difficultas perimitur, et quælibet disputandi occasio aufertur.* Notre art. 99 en est une fort sage; mais la grande raison, la seule bonne raison, c'est qu'il est conforme à l'intérêt du commerce : *Coràm utilitate publici commercii omne jus silere debet* (Casareg., Disc. 199).

L'autorisation de déléguer le mandat peut, avons-nous dit, être expresse ou implicite, et l'une est bien l'équivalent de l'autre : *Mandatum, sive expressum, sive taci-*

et de copier notre art. 99, a préféré traduire la dernière partie de la réponse de M. Regnaud, ce qui revient à la même chose: *La responsabilidad del porteador comienza desde el momento en que recibe las mercaderias por si ó por medio de persona destinada al efecto en el lugar que se le indicò para cargarlos* (art. 216).

Même disposition dans le Code portugais: *A reponsabilidade de expedicionario* (le commissionnaire de transport) *e do recoveiro* (le voiturier) *começa desde o momento em que recebe por si, ou por pessoa a esse fine por elles destinada as fazendas a carregar, no logar indicado para a carragação* (le chargeur). Art. 187.

L'art. 89 du Code hollandais porte : « l'expéditeur est garant des « expéditeurs intermédiaires qu'il emploie. » (Traduct. de M. V. Foucher.)

*tum, idem operatur* (Casareg., Disc. 43, n° 41). Mais, comme on l'a vu n° 198, il n'en faut pas conclure avec M. Pardessus que « la faculté de se substituer quelqu'un « est facilement présumée dans les procurations commer- « ciales. » A la vérité, les autorisations tacites sont fréquentes dans le commerce ; mais ce n'est point un motif de les présumer facilement. Il faut, au contraire, se montrer difficile sur les présomptions, et n'en admettre que de graves, exclusives de tout doute. Se relâcher sur ce point, ce serait blesser le principe fondamental du contrat : *Mandatarii industria et fides semper censetur electa.*

Il est impossible de tracer, à cet égard, d'autres règles que celles exposées dans le paragraphe *des Présomptions*, t. 1, n°ˢ 216 et suiv. Tout ce que l'on peut faire, c'est de montrer par de nouveaux exemples comment les appliquer à des cas analogues.

On vient de voir celui d'un commerçant qui remet à Brest une lettre de change dont le recouvrement doit s'opérer sur une place éloignée ; c'est un cas des plus fréquents. En voici d'autres :

Je remets à un négociant du Havre divers articles, avec une facture ainsi conçue :

« Facture à un parti de marchandises, composé de..., « chargées sur *le Neptune*, capitaine Mickaël, allant à « Valparaiso, confiées à M... pour être vendues dans la « même ville, à tel prix. »

Ce mandat implique non-seulement le pouvoir, mais la nécessité d'une délégation, car il est clair qu'en acceptant ma commission, le commerçant français n'a pas plus entendu s'obliger à aller en personne s'en acquitter au Chili, que je n'ai moi-même entendu l'y autoriser ; son salaire et les frais du voyage absorberaient probablement la valeur de la marchandise, peut-être au delà. Tout ce à quoi le com-

missionnaire s'est engagé, c'est à l'expédier, à en surveiller l'expédition, à remplir en douane les formalités nécessaires, enfin à consigner les objets facturés et à compter du produit de leur vente. Je n'ai recouru à lui que faute de relations avec Valparaiso. Si donc il s'est adressé à un correspondant bien famé, il a fait ce que j'eusse fait moi-même, et ne répond en rien des fautes du substitué : *Mandatarius eligens substitutum communi opinione idoneum, et integræ fidei, juxtà mentem mandantis dicitur substituisse.* Ces substitutions, dont chaque jour offre des exemples, sont pour le commerce de la plus grande utilité. Par elles le commettant peut obtenir du commissionnaire une anticipation de fonds sur l'objet commissionné, et le commissionnaire une autre du consignataire qu'il choisit ; en sorte que la valeur de la marchandise alimente la circulation des capitaux avant d'être vendue, souvent même quand elle voyage encore.

En un mot, règle générale : « A moins de convention « contraire, il y a pouvoir tacite de déléguer le mandat, « chaque fois que son accomplissement par le commis- « sionnaire en personne exigerait des déplacements oné- « reux pour lui ou pour l'opération. »

Mais il peut aussi se faire, par le concours de certaines circonstances, que la nécessité d'un voyage ne soit pas une présomption suffisante de la faculté de déléguer.

Par exemple, sachant que, de coutume, vous allez tous les ans à la foire de Guibray, je vous mande de m'y acheter douze pièces de mouchoirs horipal ; si vous venez à cesser ou à suspendre votre habitude, il ne s'ensuit pas le pouvoir de déléguer mon mandat, car je ne l'ai donné que dans la confiance que vous iriez à Falaise cette année, comme les années précédentes. Vous répondriez donc d'un substitué, comme vous étant rendu mon *negotiorum gestor.*

En pareille occurrence, votre devoir se borne à m'annoncer, *cùm primùm poteris*, la résolution où vous êtes de ne pas faire le voyage. *La bonne foi*, dit Pothier (*Mand.*, n° 42), exige que cet avis soit donné ; et c'est encore là une obligation civile qui naît de l'équité seule, si la convention ne l'impose, puisqu'elle n'est imposée par aucune loi positive.

Mais si l'empêchement provient d'un cas fortuit et que l'affaire soit urgente, *v. g.* si vous me connaissez le besoin des marchandises commandées pour les vendre à une foire qui se tiendra au lieu de mon domicile à un jour fixe, dont la proximité ne me permet pas de choisir à temps un autre commissionnaire, alors, l'espèce rentrant dans celles dont il est parlé n° 197, vous pouvez déléguer mes pouvoirs, sans répondre du substitué, pourvu que son choix soit fait avec prudence ; on a même vu que c'est une obligation : *Quotiès necessitas non habet initium ab actu voluntario..... et est contradistincta ab illâ in quam sponte suâ aliquis incidit..... et potissimùm si necessitas superveniens esset dilationis impatiens, quâ res et interesse mandantis periclitaretur ; hujusmodi necessitas facit licitum id quod aliàs fuisset illicitum* (Casareg., Disc. 36, n° 25).

Le mandat du commissionnaire de transport emporte évidemment la faculté d'une délégation ; mais on a vu ci-dessus que cette faculté est véritablement illusoire, puisqu'elle ne produit à sa décharge aucun des avantages qui en résultent pour les autres commissionnaires. Il n'est qu'un seul cas où il ne répond pas du fait des agents intermédiaires : c'est lorsqu'on lui a désigné la personne qu'il doit se substituer. Cette personne étant l'élu du mandant, c'est à lui seul qu'il doit en imputer le choix, ainsi que tous ceux qui pourront être successivement

faits. Hors ce cas, le commissionnaire est garant, s'il n'y a stipulation contraire, de la perte de la marchandise et des avaries qu'elle éprouve autrement que par cas fortuit tombant sur la chose, ou par le vice propre de la chose. (Art. 97, 98, 99 C. comm.)

En un mot, la loi le constitue, *ipso jure*, assureur de toutes les fautes et barateries commises depuis le moment de l'entrée des marchandises chez lui, jusqu'à leur arrivée à destination. La conséquence de ce droit exceptionnel, c'est que la convention entre le maître et le commissionnaire est moins un contrat de mandat qu'un marché aléatoire, par lequel l'un des contractants s'engage envers l'autre, moyennant tel prix, à lui rendre et faire avoir la marchandise de tel endroit et en tel autre endroit; et, de fait, c'est ce qui résulte des récépissés que les commissionnaires de transport délivrent aux chargeurs.

204.—Quelquefois les rapports entre le commettant et le commissionnaire proprement dit finissent par le fait même de la délégation. *V. g.*, je mande à Jacques d'Avranches de donner par terre (1) telle direction à mes marchandises. Dès qu'il a convenablement fait l'expédition, qu'il a choisi un voiturier connu (*integræ fidei*), ou s'est adressé à une maison de transport accréditée sur la place (*communi opinione idoneam*), son mandat est rempli. Mais c'est encore là bien moins une substitution qu'un marché passé pour compte du maître avec le voiturier ou le commissionnaire de transport. Ceux-ci sont seuls désormais

(1) L'art. 99 du Code commerce ne s'applique point aux expéditions maritimes, mais seulement et également aux transports par terre et à ceux qui s'opèrent par les canaux, les fleuves et les rivières navigables.

en contact avec le commettant. C'est à eux seuls de lui répondre et de leurs agents et de la marchandise.

205. — On a expliqué quand le commissionnaire peut ou ne peut pas se substituer quelqu'un, et de quelles fautes il est responsable dans le choix du substitué, alors même que la substitution est autorisée par le mandat, ou commandée par la coïncidence du cas fortuit avec l'urgence de l'affaire. Mais ces fautes ne sont pas les seules dont il ait à répondre ; il en peut commettre d'autres dont il répond également, et dans le mode de la substitution, et même après qu'il l'a régulièrement faite.

206. — Presque toujours, dans le droit civil, la substitution a lieu au nom du mandant. Dans le droit commercial, elle peut aussi s'opérer de cette manière (art. 92 C. comm.).

Dans l'un et l'autre droit, la substitution de cette espèce, quand elle est autorisée, décharge du mandat celui qui en était chargé. Pourvu qu'il l'ait transmis tel qu'il l'avait reçu, plus le lien de droit qu'entre le mandant et le substitué. C'est comme si l'ordre eût été seulement d'en charger un autre. L'unique obligation du substituant est alors de faire connaître au mandant la substitution et le substitué. Si le mandat ne s'en explique pas, c'est encore là une obligation dérivant de l'équité seule, ainsi qu'en dérivent presque toutes celles qui sont de la nature de chaque contrat. L'art. 1135 du Code civil lui-même rend cet hommage à l'équité naturelle (1). Jamais la loi ne s'en écarte qu'à regret (2).

(1) « Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est ex- « primé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la « loi donnent à l'obligation d'après sa nature (art. 1135 C. civ.).

(2) Nec non ipsamet lex ità æquitatem veneratur, ut contrà eam aliquid statuere erubescat (Casareg., Disc. 32, n° 10).

207. — Mais il est une autre sorte de substitution particulière au commerce : c'est celle qui se fait sous le nom du commissionnaire.

Dans cette espèce, très-différente de la première, les rapports ne cessent pas, et ne cessent pas d'être toujours les mêmes entre celui qui a donné le mandat et celui qui l'a reçu. Seulement, outre ces rapports, il s'en établit de directs entre le commissionnaire et son substitué.

Il s'en établit aussi, mais indirectement, entre le substitué et le commettant, bien que presque toujours ils restent inconnus l'un à l'autre.

Ce n'est pas ici le lieu d'expliquer comment et en quels cas ils ont droit de s'entre-actionner une fois qu'ils se sont connus réciproquement. Mais il faut remarquer dès à présent que, quand la substitution se fait sous le nom du substituant, la même affaire est l'objet de deux contrats de mandat : l'un entre le commettant et le commissionnaire, l'autre entre ce dernier et le substitué qui ignore, ou est réputé ignorer l'être, parce qu'il ne connaît point, ou est réputé ne pas connaître le commettant de celui qui le commet lui-même, et à l'égard duquel il est si bien un vrai commissionnaire que, dans les cas permis, il peut, à son tour, s'en substituer un autre.

Toutefois, ce second mandat n'éteint pas le premier comme l'éteint la substitution autorisée faite au nom du commettant. Par rapport au maître, premier commettant, l'objet du doubble contrat n'en doit pas moins rester un, toujours le même, et quant à la chose à faire, et quand au mode de son accomplissement; il n'y a de changé que la personne qui exécutera.

De là il suit que, bien qu'autorisé à se substituer quelqu'un, et que le choix en soit irréprochable, le commissionnaire peut encore engager sa responsabilité, soit

en altérant l'objet du mandat qu'il délègue, soit en donnant pour le remplir des instructions différentes de celles qu'il a reçues lui-même.

Au contraire, en exécutant l'ordre tel qu'il l'a accepté, le substitué ne répond nullement de ces altérations.

Par exemple, dans l'espèce citée n° 203, qui est celle d'une facture qu'on m'a remise avec ordre de vendre dans un lieu désigné et à tel prix auquel il faut que j'ajoute les frais de transport et d'assurance, si je remplace cette facture par une autre ne contenant pas cette addition, ou qu'en la transmettant à Valparaiso, je mande au correspondant de vendre au prix du cours et sur telle place qu'il jugera convenable, en sorte qu'il vende au-dessous du prix fixé par la première facture, ou bien envoie la marchandise sur un autre marché où elle périt par cas fortuit, il est clair que mon substitué n'a rien à démêler avec mon commettant qu'il ne connaît pas, avec lequel il n'a pas traité, et au nom duquel je n'ai pas traité avec lui.

Cependant l'art. 1994 du Code civil porte : « Dans « tous les cas, le mandataire peut agir directement contre « la personne que le mandataire s'est substituée. » D'où vient que cette disposition n'atteint pas mon substitué? *C'est que le commerce doit être régi* PAR DES LOIS PARTICULIÈRES QUI NE PEUVENT ENTRER DANS LE PLAN D'UN CODE CIVIL (1).

Si le correspondant de Valparaiso ne peut être recherché par mon commettant, il n'est pas moins à l'abri de toutes recherches de ma part, car que puis-je lui reprocher du moment qu'il n'a fait qu'exécuter mon ordre?

Mais du commettant à moi c'est tout autre chose. Hors

(1) Discours préliminaire du projet de code civil, *ubi suprà*.

le concours de l'urgence avec le cas fortuit ou le cas insolite, on ne peut qu'à ses risques et périls donner par substitution un mandat illimité, quand celui qu'on a soi-même est circonscrit dans certaines limites. Je suis donc dans la position de tout commissionnaire qui, agissant en personne, viole la convention en outre-passant ses pouvoirs ; *qui mandat ipse fecisse videtur.*

On voit donc qu'à la différence du droit civil, la responsabilité qui pèse sur un commissionnaire ne s'étend pas toujours à son substitué.

Mais si, autorisé que j'étais à faire la substitution, j'eusse délégué le mandat tel que je l'avais reçu, le substitué seul répondrait de sa mauvaise exécution.

Néanmoins si j'avais agi en votre nom quand j'ai donné des instructions contraires à celles de mon mandat, vous auriez action directe contre le substitué et contre le substituant. C'est une conséquence de l'art. 92.

Mais mon substitué n'a nul recours vers moi, si je justifie lui avoir donné une suffisante connaissance de mes pouvoirs; il ne peut être reçu à se plaindre des effets d'une faute à laquelle il a sciemment concouru. En ce point le droit commercial s'accorde avec le droit civil, parce que l'art. 1997 n'est autre chose qu'une déduction de l'équité naturelle.

C'est un principe certain qu'en général toutes les prescriptions du mandat doivent être strictement exécutées *anzi in menomissima parte.* Cependant certains cas insolites peuvent autoriser le commissionnaire à y apporter des modifications. Tel serait celui où, arrivant à Montevideo avec vos vins que j'ai ordre d'y vendre à 600 fr. le tonneau, je trouve que le cours s'est abaissé à 450, et qu'il incline à se déprimer encore davantage. Or, ce que je pourrais faire par moi-même, je puis impunément le

faire faire par mon substitué ; ceci est encore particulier au commerce. La loi civile n'excuserait pas un mandataire vendant une maison en deçà du prix porté au mandat, sur le motif que les immeubles se sont dépréciés, et sont menacés d'une dépréciation progressive.

208. — Mais, alors même qu'autorisé à une substitution, je suis irréprochable et dans la transmission de mes pouvoirs, et dans le choix de la personne, je puis postérieurement commettre certaines fautes dont la responsabilité m'incombe. Voici en preuve un exemple tiré de la décision 160 de la Rote de Gênes :

Hiéronyme de Marinis, négociant génois, ayant des créances ou billets (*scripturas*) sur l'évêque de Pampelune, les transmit, pour être recouvrés, à Pellaviccini, autre négociant de Saragosse. Celui-ci se substitua un tiers qui mourut insolvable après avoir opéré le recouvrement. Question de savoir qui, du commettant ou du commissionnaire, devait supporter la perte. Elle fut mise au compte de Pellaviccini, non qu'on lui reprochât le choix du substitué, il paraissait *communi opinione idoneus*, mais pour avoir laissé écouler dix mois, depuis l'acceptation du mandat jusqu'à la mort du substitué, sans avoir fait aucune démarche pour s'enquérir du résultat de la substitution.

Il prétendit en vain ne s'être obligé qu'au choix d'un substitué et à lui transmettre les effets en recouvrement ; il devait, en outre, stimuler son agent, et lui faire rendre compte. C'est là une obligation qui, dans le droit commercial, n'a pas plus besoin d'être exprimée, que celle de toucher le prix quand on a mandat de vendre : *Mandatum simplicitèr datum comprehendit omnia connexa, et dependentia ad causam principalem perficiendam* (Casar.,

Disc. 39, n° 3 *et passim*); et, comme il était possible que le dommage ne fût pas arrivé sans la négligence du commissionnaire, cette seule possibilité l'en rendait responsable : *Sufficit quandò secundùm possibilitatem actûs, culpa dicatur ordinata ad casum.*

Pellaviccini n'aurait pas perdu le procès, s'il eût été autorisé à agir et eût agi en effet dans le nom de Marinis, pourvu qu'il eût fait connaître à celui-ci la substitution et le substitué (V. n° 206).

209. — Enfin, sous quelque nom qu'il agisse, qu'il ait ou n'ait pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un, toujours, dans le droit civil, et en général dans le droit commercial, le mandataire peut être désapprouvé *pro arbitrio*, et l'affaire reste à son compte, si la substitution dénature l'objet même du mandat.

Il est vrai qu'à la différence du mandataire civil, le commissionnaire qu'un cas fortuit empêche dans sa personne, peut confier à un autre la gestion qui lui est confiée ; bien plus, il le doit s'il en a la possibilité et que l'affaire soit urgente (V. n°s 198, 199). Mais il s'expose à une désapprobation arbitraire, s'il commet au substitué une autre chose ou quelque chose de plus que celle dont le commettant l'avait chargé lui-même.

Par exemple, dans l'espèce proposée n° 200, qui est celle où vous me donnez mandat d'acheter pour votre compte le bateau à vapeur *le Neptune*, quand je délègue purement et simplement à Jacques l'ordre que l'acciden fortuit de mon arrestation ne me permet point de remplir personnellement, je suis déchargé du mandat, et ne réponds pas du substitué dont je répondrais pourtant si l'ordre eût été d'acheter une maison ou une vigne.

Si je délègue mes pouvoirs hors le cas fortuit, et en

même temps hors un cas d'urgence, cet excès du mandat ne vous autorise pas à répudier arbitrairement l'achat que vous m'avez commis ; il s'ensuit seulement que je réponds de Jacques, comme m'étant porté votre *negotiorum gestor,* en me donnant un substitué que je n'avais pas reçu le pouvoir de me donner. Cela est vrai en droit civil comme en droit commercial.

Mais, lorsqu'en me substituant Jacques pour l'achat du *Neptune*, j'ajoute qu'au cas où il ne puisse l'obtenir, il ait à acheter *le Nestor*, autre bateau à vapeur que je crois vous convenir et que j'apprends devoir aussi être vendu le surlendemain, je me fais *negotiorum susceptor;* car votre projet n'ayant point été d'acquérir *le Nestor*, et une telle spéculation n'étant conséquemment pas du nombre de vos affaires, elle ne pouvait devenir la matière d'un quasi-contrat de gestion. C'est donc le cas de l'engagement pour autrui, et l'achat de Jacques, quelque avantageux qu'on le suppose *in se*, restera pour mon compte si vous ne ratifiez pas. Cela est encore vrai dans l'un et l'autre droit.

210. — Mais un principe que le droit civil n'admet point, et qui est incontestable en droit commercial, c'est que certains cas insolites non-seulement autorisent, mais obligent le commissionnaire à dénaturer l'objet même du mandat, ce qu'il ne peut jamais se permettre dans le cas fortuit, qui l'empêche d'agir par lui-même.

C'est-à-dire que, dans ces cas insolites, il est tenu de substituer une autre chose à la chose commandée, comme il l'est, dans le cas fortuit, de substituer une autre personne à la sienne. Telle serait l'espèce où, après avoir vendu vos verroteries à Cachéo pour des piastres dont exportation y est prohibée, et ayant ordre de vous expé-

dier les retours en cotons soyeux de Pullam qui viennent tout à coup d'être frappés par le gouverneur d'un droit exorbitant à la sortie, je vous expédie de la malaguette dont les droits et le cours sont restés dans leur modération habituelle. Je devrais vos dommages-intérêts si je vous avais fait le tort de laisser dans une contrée lointaine vos piastres en péril, ou tout au moins improductives, parce que je n'aurais pas fait pour vous ce que j'eusse fait pour moi-même. Voilà encore une obligation imposée par l'équité et la nécessité. Si ensuite les retours ont péri dans la traversée, c'est un cas fortuit dont je ne réponds nullement pour avoir dénaturé l'objet du mandat. Je n'en répondrais qu'autant que j'eusse commis quelque faute dans l'expédition des malaguettes, comme j'aurais pu en commettre dans l'expédition des soies s'il m'eût été possible de me les procurer sans votre évident préjudice : *Mandatarius non tenetur mandatum executioni mandare, quandò ob improvisam rerum mutationem casus contingit in quo executio mandati esset mandanti damnosa.... et quandò ob impedimentum aliquod non potest mandatum in formâ sibi præscriptâ exequi.... (et negotium moram non patiatur) potest agere prout prudentiæ suæ videbitur* (Casareg., Disc. 125, n° 22). Seulement ce que Casaregis n'accorde que comme une faculté devient, à notre avis, une véritable obligation quand l'exécution du mandat dans la forme prescrite est impossible, ou n'est possible qu'au préjudice évident de celui qui l'a donné.

Cependant le juge civil ne déciderait certainement pas qu'ayant mandat d'acheter telle maison, j'ai pu en acheter une autre par le motif que l'impôt des portes et fenêtres venait d'être augmenté, et que la maison dont l'achat m'était confié a moitié plus d'ouvertures que celle dont j'ai fait l'acquisition. Mais il n'en peut être ainsi de ma ges-

tion commerciale. Pourquoi? Toujours par la même raison : parce que *la bonne foi et l'équité sont les véritables règles du commerce, et que l'esprit de ses lois diffère essentiellement de l'esprit des lois civiles*. Or ce que je pouvais faire en personne, j'ai pu le faire par Jacques mon substitué.

Dans l'affaire qui est le sujet du Discours 125 que nous venons de citer, Casaregis eut à connaître, comme juge d'appel, d'une sentence rendue par le gouverneur de Livourne. Voici brièvement l'état de la question principale :

Un négociant en charge un autre de la vente d'une certaine quantité de toiles de Hollande, mais avec ordre formel de ne vendre qu'au comptant, *intendosi pagando di contanti, e non a fidare*.

Ne trouvant point d'acheteurs à cette condition, et les prix ayant considérablement haussé à cause du retard des navires hollandais qui viennent habituellement approvisionner le marché, le commissionnaire, pour ne pas perdre une occasion si favorable, vend, à trois mois de terme, à une maison en plein crédit.

L'événement justifia, sous un rapport, la sagesse de cette résolution, car les Hollandais arrivent, et aussitôt grande baisse ; mais, sous un autre rapport, malheur arrive aussi : les acheteurs font faillite. Pour qui la perte, du commettant ou du commissionnaire?

Ce dernier avait succombé en première instance ; il triompha en cause d'appel.

Avec un code civil, il eût succombé de nouveau ; mais Casaregis décida selon les véritables règles du commerce, la bonne foi et l'équité, *pro veritate*.

Dans cette espèce, le commissionnaire *pouvait* faire ce qu'il fit, puisqu'il fit pour le commettant ce qu'il eût fait

pour lui-même. Mais impossible de le condamner pour ne l'avoir pas fait. Il n'y était point obligé, parce que l'inexécution du mandat ne rendait pas le préjudice évident et certain, double condition nécessaire pour que l'obligation existe. Les navires hollandais pouvaient ne pas arriver, *v. g.*, s'être perdus.

Nous avons dit n° 191 qu'il y a cas insolite lorsque le commissionnaire ayant ordre, le cas échéant, de prendre pour substitué une personne désignée, *v. g.* Jacques, il se trouve que cette personne a perdu la réputation de probité et de solvabilité qu'elle avait au temps de sa désignation. Effectivement l'accident inopiné de la déconsidération de Jacques, auquel le mandant n'a pas songé, ne rend pas humainement impossible de le prendre pour substitué; mais ce serait une témérité qui mettrait en péril l'affaire qu'on lui confierait. Par conséquent le commissionnaire peut et doit dénaturer l'objet du mandat, en tant qu'il se rapporte au choix du substitué.

211.—Peu de mots suffiront désormais à compléter l'exposition de notre théorie sur les substitutions de mandat lorsqu'un cas fortuit concourt avec l'urgence.

Quelquefois, avons-nous dit n° 176, le cas fortuit détruit entièrement la chose, par exemple, si elle périt dans un incendie, un naufrage, etc.; ou empêche péremptoirement que l'affaire ne puisse être faite, *v. g.*, si, commissionné pour l'assurance d'un navire, j'en apprends la perte ou l'heureuse arrivée. Alors il est évident que je suis déchargé de mon obligation,

En général, avons-nous dit encore, on ne peut remplir partiellement un mandat ayant pour objet de faire une convention dans laquelle il n'intervient actuellement ni payement, ni tradition de quelque chose. Il faut dire en

général, car il peut se rencontrer quelques rares exceptions. Si, par exemple, j'ai ordre d'accepter l'aval de Pierre et de Salomon à votre créance sur Jacques, et que Pierre vienne à mourir, à être interdit, etc., je dois toujours recevoir l'aval de Salomon, à moins qu'il ne résulte des circonstances ou des termes du mandat que votre intention est de ne traiter et de n'accorder du délai à Jacques qu'autant que vous aurez les deux garanties dont l'une est devenue impossible.

Lorsque le cas fortuit ne détruit la chose que partiellement, en général, le mandat subsiste et doit être exécuté pour le surplus. Si, par exemple, vous m'avez commis à la vente de 20 barriques de sucre consignées chez moi, et que le cas fortuit n'en ait détruit que 10, mon devoir est de ne pas perdre l'occasion qui se présente de vendre avantageusement les 10 autres barriques.

Enfin, le cas fortuit peut avoir avarié une partie de la marchandise, et laissé l'autre intacte. Quant à celle-ci, le mandat subsiste et doit être exécuté suivant son prescrit. Pour ce qui est des 10 barriques avariées, il m'est impossible de les vendre le même prix que celles qui ne le sont pas; je suis donc déchargé de mon obligation sous ce rapport; mais je dois les bonifier, et, si l'avarie est de nature à faire des progrès rapides, l'équité m'oblige à vendre au mieux de vos intérêts. Je suis alors un *negotiorum gestor* créé par la nécessité de ne pas laisser tout perdre, non responsable pour avoir vendu au-dessous du prix fixé par le mandat, mais responsable seulement des fautes que j'aurais commises dans la vente, ou par suite de la vente. Il en est de même en cas d'avarie générale.

Or, tout ce que je dois faire et que je pourrais faire personnellement, je puis le faire par Jacques mon substi-

tué, et je ne réponds de lui que dans la mesure de ma propre responsabilité.

212. — Ce qui reste à dire sur les substitutions de mandat ne se rattachant pas aux obligations générales, il n'en sera parlé que dans les observations relatives aux diverses espèces de commissionnaires. Seulement on peut voir, par ce qui précède, combien il est essentiel de ne pas confondre le cas imprévu avec le cas fortuit, et celui-ci avec le cas insolite.

213. — Mais lorsque ces deux derniers cas empêchent, l'un d'exécuter le mandat, l'autre de l'exécuter selon sa forme, le commissionnaire en doit-il la preuve, et comment s'établit-elle ?

Doit-il prouver de plus, et comment peut-il prouver que le cas empêchant est arrivé sans sa faute ?

214. — On a vu, n° 178, le principe de Casaregis, d'après lequel quiconque veut s'excuser sur un cas fortuit, est tenu d'en fournir la preuve, et que cet auteur célèbre dit ailleurs que si le mandataire se trouve dans un cas *qu'il ne devait pas prévoir* (*inopinato, non excogitato à mandante*), il peut exécuter le mandat de la même manière que le ferait, à sa place, un prudent père de famille. Mais il dit aussi, dans un autre endroit, que la preuve de ces empêchements incombe à celui qui les allègue pour sa défense : *Ad mandatarium spectat onus probandi justum impedimentum per quod non potuit adimplere mandatum* (Disc. 119, nos 20 et 57).

Quel est, en droit, le fondement de toutes ces maximes dont la vérité ne souffre aucune contradiction ? C'est que, comme nous l'avons dit n° 177, le mandataire est débi-

teur de l'exécution du mandat. Non-seulement il est débiteur de l'exécution du mandat, mais encore d'une exécution en tout point conforme au mode prescrit par le mandant. Or, quand celui-ci qui est le créancier fait preuve de la commission donnée, et vient à en demander compte, il est clair que le commissionnaire qui ne l'a pas exécutée, ou qui l'a exécutée d'une autre manière que celle prescrite, doit prouver ce qui a empêché cette exécution, ou ce qui a forcé de la modifier.

C'est sur ces principes de bon sens et de droit naturel que se fonde l'art. 1315 du Code civil, ainsi conçu : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la « prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré « doit justifier le payement *ou le fait qui a produit* l'ex- « tinction de son obligation. »

Il est donc juste en droit, et très-conforme à l'équité, d'astreindre le commissionnaire à prouver l'accident ou l'empêchement quelconque dont il excipe. C'est le cas de la maxime : *Excipiendo reus fit actor.*

En général, cette preuve peut être faite et par écrit et par témoins.

D'abord, en ce qui touche les cas fortuits qui, de leur nature, sont presque toujours des faits patents, il doit être fort rare qu'ils ne se prêtent pas à une constatation facile et indubitable. La preuve par présomptions ne peut donc presque jamais être admise en cette matière. Le juge n'y doit recourir que lorsqu'il résulte des circonstances que le mandataire ne peut avoir de témoins du cas fortuit, et n'a pu le faire constater au lieu où il est survenu, comme si, par exemple, il était arrivé au loin, dans une des contrées où la civilisation n'a pas pénétré.

On est même plus exigeant encore envers les commissionnaires de transport et les agents dont ils répondent.

On ne les admet point à la preuve testimoniale d'un cas fortuit ; il faut que le fait soit *légalement constaté*. C'est la disposition finale de l'art. 97, et la jurisprudence l'interprète en ce sens que la preuve ne peut résulter que d'un procès-verbal régulier (1). Cette jurisprudence est bien fondée ; car, dans les transports par terre et par eau, nul cas fortuit qui ne puisse être constaté de cette manière. Admettre d'autres preuves, ce serait ouvrir la porte à une foule d'abus.

215.—Mais le cas fortuit, sa preuve supposée faite, peut avoir été précédé, provoqué, déterminé par quelque faute. Est-ce au commettant d'établir que le commissionnaire en a commis une, ou à celui-ci de prouver qu'il n'en est rien ?

Casaregis décide la question à l'avantage du créancier. non pas en la discutant, ce n'est pas son habitude, mais en s'appuyant, comme de coutume, sur l'autorité de docteurs *plenâ manu congestorum.*

*Utique,* dit-il, *ad se excusandum eximendumque à culpâ, tenetur concludenter probare casum et exhibitionem ejus culpæ* (Disc. 23, n° 8) (2).

M. Proudhon pense, au contraire (3), qu'on ne peut

(1) Ainsi jugé par le tribunal de commerce de Rennes, le 2 avril 1811. Sur l'appel, le jugement fut confirmé.

L'art. 208 du Code espagnol dit également que la preuve doit être faite *en forme légale et suffisante*, en forma *legal y suficiente ;* et le Code portugais dit aussi (art. 178) *ficando o recoveiro* (le voiturier) *obrigado à prova plena e legal de qualquer dos accidentes acontecidos.*

(2) Par ce mot *exhibitionem*, qui est un des barbarismes de sa façon, Casaregis entend la privation, l'absence de toute faute. Le sommaire ne laisse aucun doute à cet égard. Il porte : *ad excusandum se à culpâ, tenetur navarchus probare casum exclusivum culpæ.* Ce Discours 23 concerne le capitaine de navire ; mais c'est comme mandataire des chargeurs que Casaregis l'envisage.

(3) *Usufruit*, tome 3, n°s 1540 et suiv.

exiger du débiteur qu'une seule chose, la preuve de l'événement fortuit. Si le créancier prétend qu'il y a faute, à lui d'en justifier. Comment imposer à quelqu'un la preuve d'une négative? *Per rerum naturam, factum negantis probatio nulla est.* Puis viennent des raisonnements par analogie, tirés de différents articles du Code civil.

Il faut voir dans M. Troplong (1) comment il repousse cette fausse doctrine, en examinant qui, du vendeur ou de l'acheteur, doit supporter la perte par cas fortuit de la chose vendue qui n'a pas encore été livrée.

« Mettons d'abord de côté, dit-il, cette raison tirée de « l'impossibilité de faire une preuve négative... La po- « sition dont on demande au vendeur de justifier, est tout « affirmative. Par exemple, qu'il prouve que l'incendie est « venu d'une maison voisine, ou qu'il a eu lieu par vice « de construction, et malgré les précautions de ramonage « qu'il a prises assez fréquemment ; qu'il prouve que sa « maison était barricadée, que l'objet volé était sous clef; « qu'il prouve que le cheval vendu a voyagé à vide, ou « bien qu'il a toujours été dans les pâturages ou à l'écu- « rie : sa défense sera complète, et il n'aura eu à insister « que sur des faits affirmatifs. M. Proudhon a trop d'expé- « rience pour ignorer qu'il n'y a presque aucune négative « qui ne puisse se convertir en une affirmative. »

Il est d'évidence que j'en puis dire autant, *v. g.*, du banquier dans le portefeuille duquel mes titres ont été détruits, du commissionnaire chez qui mes marchandises sont devenues la proie des flammes. Ont-elles été brûlées en route par le feu du ciel, pillées par des brigands, englouties par suite de l'écroulement d'un pont, du débordement d'un fleuve, etc. : qu'il prouve, ce commission-

(1) Tome 1, n° 402, *Vente*.

naire, avoir expédié à temps (1), avoir chargé sa voiture selon les règlements sur la police des chemins (2), avoir pris, avoir suivi constamment et diligemment la route qu'il devait prendre et suivre, et il aura prouvé affirmativement qu'aucune faute n'est à lui imputer. Il en sera ainsi de toute espèce de commission, chaque fois que le commissionnaire prouvera avoir fait tout ce qu'il devait faire. Or comment se plaindrait-il qu'une telle preuve soit exigée de lui?

Presque toujours, dit M. Troplong, une proposition négative peut être convertie en une proposition affirmative; la glose dit même qu'on n'en conçoit aucune dont la conversion ne puisse s'opérer ainsi : *Certè, si diligenter attendas, non est aliqua negativa quæ tacitam non habeat affirmationem...* C'est aussi ce que les philosophes prétendent. Cependant, quand je dis : Je n'ai pas trouvé le banquier Jacques, on n'aperçoit pas facilement quelle affirmation correspond à cette négative; et pourquoi ne peut-on pas m'en demander la preuve? Par une raison unique : c'est que je l'énonce ici simplement, abstraction faite de toute obligation contractée envers vous de chercher le banquier. Mais si vous avez la preuve de m'avoir remis sur lui un billet de caisse de 3,000 francs, avec ordre de m'en faire payer le 1er février, et que le 15 il se soit enfui en banqueroute, est-ce que vous n'êtes pas tenu de faire voir que vous vous êtes présenté chez lui, que vous l'avez inutilement cherché, etc.? Eh bien! quand vous aurez justifié de ces démarches, vous aurez démontré, par des faits affirmatifs, non-seulement le fait négatif que vous n'avez pas trouvé Jacques, ce qui a pu arriver sans votre

(1) Si, promisso tempore, iter non faciant et illud differant, sunt in culpâ.

(2) Item, si plus justo oneraverint (Casareg. *ubi sup.*).

faute, mais encore cet autre fait négatif que vous n'en avez commis aucune qui vous ait empêché de le trouver. Or, voilà de quoi surtout il importe de faire preuve. Est-elle faite, vous ne répondez de rien.

Mais si, votre preuve établie, je viens dire : Toutes vos démarches ne sont qu'un jeu. Vous étiez d'accord avec Jacques ; vous lui aviez écrit d'être tranquille, que vous l'attendriez jusqu'à la fin du mois : voilà une affirmation dont vous n'êtes pas tenu de prouver la négative ; il vous suffit de la nier simplement. Pourquoi ? c'est que vous n'avez eu à remplir activement aucun devoir emportant négation du fait que j'avance. Vous êtes défendeur, et n'excipez de rien ; vous ne répliquez pas non plus, puisque vous n'avez rien demandé. On peut bien vous obliger à prouver que vous avez fait ce que vous deviez faire, mais non que vous n'avez pas fait ce dont vous deviez vous abstenir : *Factum negantis nulla probatio est*. Entendue ainsi, la maxime est très-vraie.

Ces explications fort simples se résument en cet axiome de Casaregis, dont elles sont le développement : *Reus non tenetur negativam probare*, quandò simpliciter negat ; *secùs, quandò excipit vel replicat* (Disc. 86, n° 13).

Enfin M. Troplong oppose à M. Proudhon un raisonnement péremptoire qui, adressé au commissionnaire, peut s'analyser ainsi :

Vous devez prouver le cas fortuit (1) ; or le cas n'est pas fortuit, s'il a été précédé d'une faute ; prouvez donc n'en avoir pas commis.

216.—Au surplus, rien n'empêche qu'il ne soit convenu

(1) Le fait qui a produit l'extinction de votre obligation. Art. 1315 C. civ.

entre un créancier et son débiteur, par conséquent entre le commettant et le commissionnaire, de quelque espèce qu'il soit, que celui-ci répondra du cas fortuit : *De casibus fortuitis etsi nemo teneatur quia eis resisti non potest... tamen tenebitur qui ad eos voluerit teneri suscipiendo in se risicum et periculum* (Scaccia, q. 1, § 1, p. 25, n° 139, L. 39 D. *Mand.*). « Ces conventions par les-« quelles un débiteur se charge des cas fortuits, dit « Pothier (*Des obl.*, n° 632), n'ont rien de contraire à « l'équité qui doit régner dans les contrats, surtout lorsque « le débiteur qui se charge du risque, reçoit de l'autre « partie quelque chose d'équivalent à l'estimation du « risque dont il s'est chargé, car les risques sont quelque « chose d'appréciable.... Quand même le débiteur qui « s'est chargé du risque de ces cas fortuits ne rece-« vrait rien pour ce risque, si, en s'en chargeant, il a « eu l'intention d'exercer une libéralité envers l'autre « partie, la clause ne contient en ce cas aucune injus-« tice. Dans tous les cas, ajoute Pothier, on l'en pré-« sume dédommagé. »

C'est sur ces principes que se fonde la convention *del credere,* qui sera l'objet d'un paragraphe particulier.

Il en résulte que, quand bien même le commissionnaire n'aurait stipulé en sa faveur qu'un simple droit de commission, il n'en répondrait pas moins des cas fortuits, s'il s'en est chargé.

Ainsi, jusqu'à présent, trois circonstances dans lesquelles le commissionnaire n'en peut exciper :

1° Lorsqu'il en a pris le risque sur lui ;

2° Quand il a commis quelque faute sans laquelle l'accident ne serait point arrivé, ou aurait pu ne pas arriver ;

3° Si cette faute est le fait de quelqu'un dont il soit garant.

De ce dernier principe il suit, par exemple, que, si j'ai cautionné la gestion de Paul, votre commissionnaire, je ne puis me prévaloir d'un cas fortuit qui lui est imputable ; mais Paul peut, à bon droit, exciper de celui qui provient de ma faute, car bien que je réponde de son fait, il ne répond pas du mien. Paul est donc déchargé de son obligation, et c'est contre moi seul que vous pouvez recourir.

217.—Mais ce n'est pas toujours assez de prouver qu'on n'a pas commis de fautes antérieures au cas fortuit ; quelquefois il faut prouver de plus n'en avoir commis aucune depuis l'accident arrivé; car, comme on l'a vu n° 180, le devoir du commissionnaire ne se borne pas à faire tout ce qui est en lui pour prévenir l'accident ; il doit aussi s'efforcer de le vaincre, d'en détourner les effets ou de les atténuer. Un commissionnaire qui néglige ce soin ne peut se prévaloir du cas fortuit. Telle est la jurisprudence de la Rote de Gênes : *Impedimentum allegare et eo se juvare non potest, qui illud tollere poterat* (Disc. 74, n° 13); et Scaccia ne range pas non plus dans la classe des accidents de cette nature, celui auquel on a pu pourvoir depuis qu'il est survenu, *cui poterat provideri* (1) *postquàm venit* (quæst. 1, § 1, p. 25). Si donc, par exemple, lorsque

(1) Il est remarquable qu'en parlant des cas fortuits, Scaccia se sert du verbe *providere*, Casaregis et nos auteurs modernes du verbe *prævidere*. *Prævidere* n'a qu'une seule signification, celle de prévoir des choses à venir ; *providere* veut aussi dire prévoir, mais il signifie en même temps veiller à quelque chose, y pourvoir, et répond exactement, en ce sens, au mot de Cujas *præcavere*, que le prince Cambacérès traduit par le mot *prévenir*. On trouve dans Cicéron : *ne id accidat, providebo* (V. le dictionnaire *Novitius*).

l'incendie éclate, vous n'avertissez pas la police, et ne faites point tous vos efforts pour sauver mes marchandises ; si, quand mes effets sont enlevés par des voleurs, vous ne cherchez pas à les faire arrêter, ou ne donnez pas à l'autorité, autant que vous le pouvez, leur signalement et celui des objets enlevés, etc. ; en un mot, si vous ne faites pas tout ce que vous devez faire, selon l'occurrence, pour empêcher le préjudice, le réparer, ou le diminuer, vous m'en répondez *quanti meâ intererit*, et rien n'est plus juste.

Mais que décider dans le cas suivant ?

Un incendie se manifeste chez vous, mon commissionnaire ; impossible de sauver vos effets et les miens, mais seulement les uns ou les autres. Auxquels la préférence ?

Le président Favre, qui examine la difficulté, dans l'espèce d'un commodat (1), se fait cette objection : il est dans notre nature de nous aimer plus que les autres, par conséquent naturel de préférer le salut de nos propres choses au salut des choses d'autrui. Il n'y a que l'esclave dont il soit écrit qu'il doit aimer son maître plus que lui-même : *Excipitur solus servus de quo scriptum est plus eum diligere dominum suum quàm se ipsum debere.* On ne peut donc reprocher à l'emprunteur d'avoir sauvé ses effets, en laissant périr ceux du prêteur.

Ma réponse est, poursuit l'auteur, qu'il n'est pas permis d'agir ainsi. Il faut toujours que le devoir l'emporte sur les propensions naturelles. Or l'emprunteur doit, tout au moins, aux choses prêtées, autant de soin qu'à celles qui lui appartiennent. Il ne peut donc préférer celles-ci sans commettre, non pas une faute, mais un dol :

(1) *Ration.*, t. 3, p. 553, col. 1.

*Teneri debet non quasi ex culpâ, sed quasi ex dolo.* Et il en est de même d'un dépositaire qui n'est tenu que de son dol : *Ideòque in depositi actione in quâ solus venit dolus, idem juris est* (L. 32, D. *Deposit.*).

Si tel est le droit pour un dépositaire gratuit, à combien plus forte raison pour un dépositaire salarié?

Mais que faire, continue le célèbre jurisconsulte, quand la chose du commodataire a beaucoup plus de prix que la chose du prêteur? *Si res commodata erat vilis pretii, res verò commodatarii erant pretiosæ?* Accurse et Bartole décident qu'en ce cas l'emprunteur n'est pas tenu, parce qu'il n'est, prétendent-ils, aucun diligent père de famille qui n'eût fait pareillement le sacrifice de minces objets au salut de choses d'une valeur incomparablement supérieure ; on doit même le décider ainsi, lorsque les choses sont d'égale valeur.

Quant à moi, dit le président Favre, je ne puis approuver cette décision, ni pour un cas, ni pour l'autre : *Ego verò neutrum probare possum ;* parce que c'est toujours, de la part du commodataire ou du dépositaire, apporter plus de soin à sa propre chose qu'à celle qui lui est confiée. Or c'est ce qu'il ne peut faire, *salvâ fide;* ce serait manquer au devoir, à la foi promise.

Cette doctrine peut paraître sévère; elle n'est pourtant que juste. Pourquoi semble-t-elle un peu dure, *duriuscula,* comme le dit quelquefois le président Favre lui-même? C'est que, naturellement enclin à tout rapporter à lui, l'homme accorde toujours à ses propres intérêts le privilége de premier ordre ; permis à lui, toutes choses égales d'ailleurs, *cæteris paribus.* Mais le commodataire, le dépositaire, ne sont pas libres de toute obligation ; or, puisqu'ils doivent apporter à la chose d'autrui le même soin qu'à la leur, et, par cela seul sacrifier celle-ci, nous

le dirons encore, à combien plus forte raison le commissionnaire la sienne?

En effet, dans quel but un salaire, si ce n'est pour veiller aux intérêts du maître, comme il le ferait lui-même? S'il était sur les lieux, sans nul doute, il sauverait sa chose; son *alter ego* qu'il paye doit donc la sauver aussi.

Nous avons insisté sur ce point, parce qu'en beaucoup de circonstances un commissionnaire peut se trouver placé entre ses intérêts et ceux de son commettant. La priorité est due à celui-ci. Voilà le principe, c'est la base même du contrat.

Enfin le président Favre, toujours à l'occasion du cas fortuit d'un incendie, décide que, si le commodataire ayant deux choses appartenant à deux prêteurs, ne peut les conserver l'une et l'autre, il est libre de sauver celle qu'il voudra, sans égard à leur valeur respective : *Si ponas fuisse commodatas res à duobus, electio erit commodatarii cui gratificari malit, et cujus res salvas esse maluerit, non adhibitâ distinctione illâ utrùm res conservatæ pretiosiores fuerint an viliores.* La raison qu'il en apporte c'est que, si le commodataire doit plutôt conserver la chose d'autrui que la sienne propre, on ne peut pas dire qu'il doit plus de soin à la conservation de l'une des choses prêtées qu'au salut de l'autre : *Quià non sicut majorem alienis rebus conservandis diligentiam commodatarius debet quàm suis, ità et dici potest majorem eum diligentiam debere ad unius ex commodatoribus, quàm ad alterius res conservandas.*

Que cette raison soit exacte, *in apicibus juris*, nous ne le nions point, parce qu'en effet, par la nature même du contrat, le commodataire s'est engagé à apporter toute la vigilance, tout le soin possible à la conservation

des deux choses, sans égard à leur valeur respective. Ce qu'il a promis à l'un des prêteurs, il l'a donc promis à l'autre. Sous ce rapport, leur condition est en tout point égale.

Mais nous n'aurons garde, pour cela, de donner à notre commissionnaire la libre option que le président Favre laisse à son emprunteur, parce que le droit commercial a pour fondement la bonne foi et l'équité, et que tout s'y décide *spretis apicibus juris*. Or, c'est blesser l'équité et faire acte de mauvaise foi, que d'abandonner aux flammes la fortune d'un commettant, ou une partie notable de sa fortune, pour sauver une bagatelle à un autre commettant. Comment, par exemple, absoudre un commissionnaire qui laisserait périr une boîte de diamants à Salomon, pour sauver un sac de noix à Jacques? Il aurait beau dire et prouver, selon la rigueur du droit, qu'il n'était pas plus tenu envers Salomon qu'envers Jacques; la mauvaise foi est d'autant plus évidente, que Jacques n'aurait certainement pas pu se plaindre de la préférence donnée aux diamants de Salomon. Le commissionnaire doit donc être condamné à réparer le dommage : *Malitiis non est indulgendum.*

En un mot, l'option n'appartient équitablement au commissionnaire que quand il n'y a pas de différence, ou qu'il n'y en a qu'une peu considérable entre la valeur respective des deux choses dont l'une seulement peut être sauvée.

218. — Quoique le commissionnaire ne soit pas tenu de prévoir, par conséquent de prévenir le cas insolite qui empêche d'exécuter le mandat, ou de l'exécuter d'une manière conforme aux instructions du commettant, nous avons vu que c'est une obligation pour lui d'en prouver

l'existence : *Mandatarius probare debet justum impedimentum per quod non potuit explere mandatum.* Non seulement il doit prouver le fait même du cas insolite ; il doit, en outre, la preuve de ne l'avoir pas provoqué par impéritie, négligence ou imprudence.

Mais le fait à prouver peut être un fait négatif, comme, par exemple, lorsque je dis : Je n'ai pas trouvé à vendre vos marchandises, à négocier votre traite, à acheter les indigos commandés, etc. Le commissionnaire est-il astreint, comme dans l'espèce d'un cas fortuit, à prouver que l'inexécution du mandat ne provient pas de sa faute ?

Selon Casaregis, ce n'est plus la même chose. S'agit-il d'un fait positif, au commissionnaire la preuve : *Fà duopo considerare, e in considerando distinguere trà l'impedimento o allegato, che è impedimento positivo ; e allora sta ben che l'impedimento si deva probare da chi lo allega, e in questi termini procede la decis. 174 della Rota di Genova e le dottrine riportati in essa ;* mais, si l'empêchement allégué consiste en un fait négatif, ou dans la simple assertion d'un commerçant qu'il n'a pas trouvé la marchandise commandée, ou qu'il ne l'a pas trouvée au prix fixé par la commande, alors il suffit d'énoncer un tel empêchement : *Quandò pero l'impedimento che si allega è negativo, cioè consistente semplicemente nel dirsi dal mercante di non aver egli trovate mercanzie, o di non averle potuto comprare al prezso prefissoli ; allora basta l'allegarzi questo tale impedimento.* Telle est l'opinion de J. Hævia et des auteurs qu'il cite : *In questi termini procede l'opinione di Giov. Hævia et degli altri da lui relati* (Disc. 119, n° 57).

Il faut certainement qu'il en fût ainsi au siècle où vivait Casaregis, car jamais personne n'a mieux connu que lui les lois et les usages du commerce. Mais les temps sont

changés. Aujourd'hui un négociant a tant de moyens de prouver qu'il a fait ce que son devoir exigeait, qu'il ne peut être permis de le décharger de son obligation, sur sa simple parole.

Si, quand je me charge, *v. g.*, d'acheter ou de vendre pour quelqu'un, toute mon obligation était d'attendre qu'on vînt me proposer un achat, ou me demander une vente, ma seule allégation devrait sans doute suffire. Je ne puis être tenu de prouver qu'on n'est pas venu chez moi. C'est bien le cas de la maxime *factum negantis*, etc. Mais là ne se bornait pas mon obligation : je devais demander aux uns, proposer aux autres, en un mot, faire certaines démarches pour l'exécution de mon double mandat. Or, en prouvant ces démarches, qui sont des faits positifs, j'aurai prouvé qu'aucune négligence n'est cause du cas insolite. Je puis le prouver non-seulement par témoins, mais presque toujours par écrit. La marchandise commandée n'a pu être obtenue au prix marqué ; que me coûte-t-il de produire le prix courant des marchandises de même qualité, au temps et au lieu où l'achat devait se faire? Je devais vous expédier des indigos dans le courant d'avril ; mais la place en était entièrement dépourvue ; l'absence de pareille marchandise dans le mouvement journalier ou périodique du commerce ou des négociations de la place, atteste suffisamment que l'exécution du mandat n'était pas possible. Je le prouve par le certificat des courtiers, à leur défaut, par l'attestation de négociants de l'endroit, et j'établis de la même manière n'avoir pu négocier votre traite (1).

(1) Nous ferons pourtant remarquer qu'en Portugal on admet une distinction entre l'empêchement provenu d'un fait positif, et l'empêchement qui provient d'un fait négatif. Dans le premier cas, la preuve incombe au mandataire ; dans le second, il suffit de sa

Cependant il faut observer qu'en pareille matière on doit avoir égard aux circonstances et au plus ou moins de facilité qu'avait le commissionnaire de constater les faits positifs dont on lui demande la preuve. Par exemple, si l'ordre est de ne vendre qu'au comptant, il n'est pas toujours aisé, ou il ne l'est pas toujours également partout d'établir que cette prescription n'a pu être observée. Les livres, la correspondance surtout, enfin le serment déféré d'office, peuvent venir en aide à l'équité du juge : *Probationum materia pendet ut plurimùm ab arbitrio judicis* (Casareg., Disc. 199, n° 78) ; mais la difficulté d'appliquer un principe n'en détruit pas l'existence, et il n'en est pas moins certain qu'en acceptant un mandat, le commissionnaire se soumet à l'obligation de prouver avoir fait tout ce qu'il devait faire pour en procurer la stricte exécution : *Mandatarius tenetur probare impossibilitatem vel impedimentum ob quod non potuit exsequi mandatum* (Casareg., Disc. 125, n° 28).

Sauf les modifications indiquées, et ce qui est particulier aux commissionnaires de transport, ce que nous avons dit jusqu'à présent s'applique aussi bien au commissionnaire agissant au nom du commettant qu'à celui qui

simple assertion, sauf la preuve contraire réservée au mandant : *Quando o mandatario não póde exequir o mandato é obrigado a ministrar ao commitente prova concludente da impossibilidade do adimplemento para ser escuso da culpa, uma vez que a impossibilidade nascesse de facto positivo. Provindo de facto negativo, é sufficiente exculpação a simples assersão do commisario, salva ao commitente a prova em contrario* (Art. 775 C. port.). Mais il faut observer qu'à part quelques articles empruntés à nos codes français, le Code portugais, en ce qui touche le mandat de commission et les autres mandats commerciaux, n'est qu'une imitation servile, quelquefois même une copie littérale des maximes de Casaregis répandues dans notre ouvrage.

agit en son propre nom. On a déjà vu (*suprà*, nos 14, 15, 16) quelques observations sur ce qui les différencie ; mais il en est traité plus amplement dans le chap. 2e, t. 3, contenant l'explication des art. 91 et 92 du Code de commerce.

219. — Les cas fortuits et les cas insolites ne sont pas les seules justes causes de l'inaccomplissement, de la suspension ou de la cessation du mandat. Nous en avons annoncé une autre : c'est lorsque les stipulations sous lesquelles il a été accepté ne sont pas remplies de la part du commettant. Tant que celui-ci est fidèle à ses engagements, le commissionnaire est obligé de continuer sa gestion ; dans le cas contraire, il n'y est pas tenu. La preuve de cette double proposition va être l'objet du paragraphe suivant.

## § V

DE L'OBLIGATION DU COMMISSIONNAIRE DE CONTINUER SA GESTION, TANT QU'IL EN DEMEURE CHARGÉ, ET DE LA FACULTÉ QU'IL A DE SUSPENDRE OU CESSER LE MANDAT, QUAND LE COMMETTANT NE REMPLIT PAS SES OBLIGATIONS CORRÉLATIVES.

### SOMMAIRE.

220. Le commissionnaire doit continuer l'exécution du mandat jusqu'à son entier accomplissement, hors le cas fortuit et le cas insolite, ou à moins que le commettant ne satisfasse pas lui-même à ses engagements corrélatifs; impossible de prévoir les différentes clauses-conditions qu'un commissionnaire peut apposer à l'acceptation du mandat; quelles qu'elles soient, elles sont obligatoires pour le mandant qui s'y est soumis.

221. C'est un premier principe qu'à défaut de conventions le mandant doit fournir les fonds nécessaires à l'exécution du mandat; certaines commissions n'exigent que des soins et des agissements; d'autres exigent une provision ou des déboursés plus ou moins considérables.

222. Stipulations les plus usuelles, lorsque les contractants ne s'en rapportent pas à l'usage du lieu de l'exécution : cas où il est convenu que le commettant remettra les fonds nécessaires à l'accomplissement du mandat; cas où le commissionnaire se charge de les fournir; cas où il s'est obligé, moyennant certaines sûretés convenues, de four-

220. — Lorsque aucun accident de la nature de ceux dont nous avons parlé jusqu'à présent, ne vient empêcher ou entraver l'exécution du mandat, il est évident que le commissionnaire doit le continuer jusqu'à son entier accomplissement (1), si le commettant ne vient à le dégager de cette obligation par quelque infidélité aux siennes; car hors le cas fortuit et le cas insolite, un commissionnaire n'acquitte point son obligation s'il n'exécute le mandat que partiellement : *Adimplementum pro parte unâ non sufficit; imò obstat defectus in minimo* (Casareg., Disc. 23, n° 31). Le principe de droit naturel consacré par l'art. 1148 du Code civil est étranger à cette infidélité. Ce n'est pas non plus l'espèce de l'art. 1184 du même Code, d'après lequel « la condition résolutoire est « toujours sous-entendue dans les contrats synallagma-

(1) Art. 1991 C. civ.

« tiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera « point à son engagement » ; car la cessation ou discontinuation d'un mandat n'a pas besoin d'être ordonnée en justice (1) ; nous verrons même bientôt que la nature d'un tel contrat répugne à ce qu'on appelle en jurisprudence une condition résolutoire. Il s'agit ici d'un droit tout particulier au contrat de mandat.

Nul ne saurait prévoir les différentes clauses-conditions qu'un commissionnaire peut apposer à l'acceptation du mandat. La seule chose qu'on puisse dire, c'est que, réglées par la convention, ou laissées sous l'empire de l'usage, toutes sont obligatoires pour le commettant qui s'y est soumis (2).

221. — Le premier principe en cette matière, si la convention ne s'en explique autrement, c'est que, qui donne un mandat s'engage, de droit, à fournir les fonds nécessaires à son exécution : *Mandans alteri aliquid fieri ex naturâ mandati, intelligitur obligatus ad providendam pecuniam necessariam pro implemento mandati* (Casareg., Disc. 48, n° 44) ; et que, si le commissionnaire en fait l'avance, quoique n'y étant pas tenu, le commettant est réputé lui avoir tacitement donné l'autorisation de la faire.

(1) « La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accom- « plit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses « au même état que si l'obligation n'avait pas existé..... » (Art. 1183 C. civ.)

...... « La résolution doit être demandée en justice, et il peut « être accordé au défendeur un délai selon les circonstances. » (Article 1184.)

(2) Sauf, bien entendu, la stipulation de choses impossibles (L. 185, D. *De reg. jur.*), et ce qui est dit aux art. 6 et 1133 du Code civil, qui sont des lois d'ordre public.

Certaines commissions ne coûtent que des soins, des agissements, quelques écritures, *v. g.*, comme si je vous charge de ménager une transaction sur un différend commercial survenu entre un autre négociant et moi ; de surveiller la construction ou les réparations de mon navire qui est dans votre port; de passer marché en mon nom avec des détenteurs de denrées, pour ma fourniture aux hôpitaux militaires, et autres affaires semblables. Il est certain qu'après l'acceptation d'un tel mandat, vous ne pouvez intempestivement en suspendre ou en cesser l'exécution, sous le prétexte, par exemple, que je ne vous ai pas envoyé de fonds, ou fourni des sûretés pour le payement de vos salaires; car, ne l'ayant pas exigé avant d'accepter le mandat, vous êtes censé n'avoir entendu être payé qu'après son entier accomplissement, eussiez-vous fourni à quelques menus frais dont il n'est pas dans les usages du commerce de se faire couvrir par anticipation. En droit, le salaire n'est dû que le travail achevé.

Mais il est d'autres commissions, et c'est le plus grand nombre, qui exigent une provision, ou même des déboursés successifs plus ou moins considérables. Si le commettant n'y a pourvu d'avance, le commissionnaire est en droit de laisser le mandat inexécuté, ou même d'en discontinuer l'exécution, l'eût-il commencée par certaines dépenses dont il n'aurait pas été remboursé ou couvert à sa première réquisition ; car, du seul fait qu'il a fourni à quelques avances, il ne résulte pas l'obligation de les faire toutes, si le contraire n'est établi par d'autres présomptions,

222. — Lorsque les contractants ne s'en sont pas tacitement rapportés à l'usage général, ou aux usages particuliers, que le commettant est toujours réputé avoir

connus, du lieu où la commission doit être exécutée (1), les stipulations les plus usuelles entre lui et le commissionnaire sont celles-ci :

Ou il est convenu, comme, *v. g.*, dans l'espèce d'une commission pour acheter, que le commettant remettra les sommes qu'exige l'accomplissement de la commission ; ou le commissionnaire s'est chargé de les fournir, sauf à en être remboursé après fin de mandat, ou à s'en créditer en compte-courant, s'il en existe ou s'en ouvre un entre lui et le commettant. Dans la première hypothèse, il est clair qu'aussi longtemps que les sommes stipulées ne lui sont pas remises, le commissionnaire, bien qu'il ait accepté le mandat, n'est nullement tenu de l'exécuter, puisqu'il ne l'a accepté que sous une clause-condition à laquelle le commettant ne satisfait point ; et, dans le second cas, il n'est pas moins évident que le commissionnaire répond du préjudice, s'il n'exécute pas le mandat, ou s'avise d'en suspendre l'exécution commencée.

D'autres fois les stipulations portent, et ce sont les plus favorables à la succession et à la rapidité des transactions commerciales, que, sans être nanti de rien, sur la simple annonce d'une consignation, le commissionnaire s'oblige, moyennant certaines sûretés convenues, non-seulement à fournir aux déboursés nécessaires, mais en outre à faire des avances au commettant lui-même sur le produit présumé de la chose qui est ou sera l'objet de la commission. Ces stipulations et toutes celles qui s'y rattachent, doivent, de part et d'autre, être observées *ad unguem*. Une fois que le commettant a fait ou donné ce qu'il a pro-

(1) Un arrêt de la Cour d'appel de Rennes, troisième chambre, du 15 mai 1824, a fait application de ce principe à une cause entre le sieur Swiney, négociant de Morlaix, et le sieur Harry Dobrée, négociant de Guernesey.

mis, le commissionnaire ne peut manquer à son obligation, sans répondre du préjudice; au cas contraire, libre à lui de s'en dégager. Il est même telles circonstances où il pourrait, à son tour, demander des dommages-intérêts, par exemple, si, sur la foi des promesses violées, il avait refusé une autre consignation, ne pouvant suffire aux avances que les deux eussent exigées.

En m'annonçant diverses expéditions, vous me priez d'accepter vos traites jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur des cargaisons, ajoutant que, pour me couvrir, vous allez m'adresser les connaissements avec ordre de faire assurer, et, le mandat ainsi convenu, vous disposez sur moi. Tant que ces connaissements ne sont point en ma possession, je ne suis tenu ni d'exécuter vos ordres, ni d'accepter vos traites, ni de les payer, vous eussé-je écrit, sur l'avis de leur émission, que tout honneur leur était réservé; car, ne vous ayant ouvert aucun crédit, si j'ai promis d'honorer vos traites, c'était sous la condition, qui ne s'est pas accomplie, que je posséderais auparavant la garantie promise, et vous n'avez pas dû l'entendre d'une autre manière.

De son côté, dès qu'il est nanti des sûretés convenues, le commissionnaire est étroitement astreint à remplir son obligation, lui survînt-il quelque sujet de n'avoir plus dans les garanties autant de confiance qu'elles lui en inspiraient quand il les a librement acceptées. Il n'est qu'une seule exception : c'est lorsque le fait qui altère cette confiance est imputable au commettant lui-même. Une application du principe a été faite dans l'espèce suivante :

En 1829, Luce, négociant à Marseille, offre à Borisow, négociant de Tangarow, de lui avancer, sur remise de connaissements, avec ordre de faire assurer, les deux tiers ou les trois quarts de la valeur des expéditions, selon

leur nature. Ces offres acceptées, Borisow, en septembre 1830, annonce au consignataire l'envoi d'un chargement évalué 120,000 fr., lui en remet les connaissements avec ordre de pourvoir aux assurances, et l'avise, en même temps, des anticipations qu'il prend sur lui. Luce répond, en novembre, qu'il s'était immédiatement occupé des assurances, et que tout honneur est réservé aux traites. Cependant il refuse d'en accepter et payer quelques-unes qui, protestées, donnèrent lieu à des retraites avec comptes de retour ; alors la consignation est révoquée, et Luce actionné devant le tribunal de commerce de Marseille, qui le condamna justement à réparer le préjudice.

En effet, sur quoi se fondait Luce pour se délier de son obligation ? Sur les événements politiques de l'époque, et des bruits de guerres qui en étaient la suite. Ces circonstances, il est vrai, pouvaient ôter quelque chose à sa sécurité primitive ; mais elles ne faisaient pas que Borisow, qui n'en était point cause, et avait ponctuellement exécuté sa promesse, ne fût en droit d'exiger de Luce l'exécution de la sienne (1). Il aurait fallu prouver que le commettant avait perdu, ou était en péril imminent de perdre son crédit. Or, on était loin de faire une telle justification.

223. — Une autre convention des plus fréquentes est celle par laquelle l'un des contractants s'engage envers l'autre à lui envoyer des marchandises ou denrées au fur et à mesure des remises que fera celui-ci, ou des fonds qu'il enverra. Aussi longtemps que les fonds sont exactement envoyés, ou les remises ponctuellement faites et de l'espèce convenue, le commissionnaire ne peut suspendre l'exécution du mandat qu'il n'encoure la peine des dom-

(1) V. *Journal de jurisprudence commerciale et maritime*, de MM. Girod et Clarion, t. 10, p. 309.

mages-intérêts; mais il le peut impunément dès que les envois ou les remises cessent (1). Il le pourrait aussi, pour peu qu'il y eût de différence entre les remises adressées et celles dont on était d'accord, comme si, par exemple, on envoyait de l'argent au lieu de papier, ou du papier sur Paris au lieu de papier sur Bordeaux, ou bien encore des effets à plus courte ou à plus longue échéance, nulle modification ne pouvant être faite au contrat, sans le consentement mutuel qui l'a formé. Encore une fois, tout est de rigueur dans ces sortes de stipulations; l'équité ne l'exige pas moins que l'intérêt du commerce.

En effet, quand un négociant s'engage dans une telle opération, on ne lui défendra sans doute pas de la combiner avec ses autres affaires. Comment donc le forcer à prendre du papier sur Paris où il ne doit rien, en place de papier sur Bordeaux où il a prévu qu'il aurait des payements à faire? Lui remet-on de l'argent, le voilà forcé d'acheter à ses frais des lettres de change sur Bordeaux, et on lui fait le même tort en altérant l'échéance des remises. L'injustice est criante.

224. — Au reste, lorsque pour une cause de cette nature, ou toute autre infidélité du commettant à ses obligations, le commissionnaire suspend le mandat, ou entend

(2) Les Espagnols ont érigé ce principe en loi : *En aquellas comisiones cuyo cumplimiento exijà provision de fondos, no està obligado el comisionista à ejecutarla aun cuando* lo haya aceptado; mientras el comitente *no se la haga en candidad suficiente*, y tambien podra suspenderla cuando se hayan consumido los que tenia recibidos (art. 124).

« Néanmoins, dans les commissions dont l'accomplissement exige « une provision de fonds, le commissionnaire n'est pas obligé de « l'exécuter, alors même qu'il l'aurait acceptée, à moins que le « commettant ne lui ait donné une somme suffisante : il pourra « même la suspendre, lorsqu'il aura employé les fonds qu'il aura « reçus. » (Traduction de M. V. Foucher.)

y renoncer, il doit en donner avis avec la même promptitude que s'il s'agissait d'un accident fortuit ou d'un cas insolite, la raison étant la même de mettre le commettant à lieu de pourvoir à ses intérêts. D'ailleurs la négligence du commissionnaire en ce point ferait présumer qu'il consent à modifier les conventions primitives. Mais il suffit d'un simple avis par la correspondance.

225. — Cependant il est un cas où la résolution du contrat doit être demandée en justice : c'est lorsque la commission est elle-même l'accessoire d'un autre contrat synallagmatique. Je promets d'acheter dans dix ans, au prix de 100,000 fr., votre sucrerie de la Martinique, parce que vous vous obligez à en envoyer les produits, pendant le même nombre d'années, exclusivement à ma consignation. Mais j'apprends que, plusieurs fois, vous en avez consigné à d'autres négociants. C'est une infidélité qui me met en droit de renoncer au mandat ; mais si je veux, à la fois, me dégager de la promesse d'acheter et de la commission elle-même, il ne me suffit pas de vous notifier que j'y renonce, parce que ma promesse, qui entre nous vaut vente (art. 1589 C. civ.), n'est point, à l'égal du simple mandat, résoluble de cette manière ; et, comme nos conventions se lient l'une à l'autre, à défaut de consentement mutuel, il n'y a que le juge qui en puisse opérer la résolution.

226. — En général, avons-nous dit, la responsabilité d'un commissionnaire se rapporte non-seulement à l'inexécution du mandat, mais encore à son exécution non conforme aux prescriptions qu'il renferme. On a traité de la première partie, il reste à examiner la seconde.

---

# CHAPITRE SIXIÈME.

## Principes généraux sur l'exécution conforme; du mandat impératif; du mandat facultatif.

### § I.

#### PRINCIPES GÉNÉRAUX.

#### SOMMAIRE.

227. Il est de la nature particulière du mandat de commission d'être limité et circonscrit dans son objet.
228. Considéré dans son exécution, il peut être impératif ou facultatif; ce que signifient ces expressions.
229. Une commission peut être simple, complexe, limitative en plusieurs points, démonstrative sur d'autres, quelquefois facultative; elle peut se diversifier d'une infinité de manières, par des prescriptions positives, conditionnelles ou alternatives, auxquelles le mandant subordonne l'exécution; elle peut contenir des pactes accessoires, *pacta adjecta,* vulgairement appelés conditions d'un contrat, et que l'on qualifiera de *clauses-conditions* ; néanmoins, l'exécution n'en est pas moins soumise à des principes généraux ; exposition de ces principes

230. Ce que les anciens auteurs appellent *qualités intrinsèques, qualités extrinsèques, forme* du mandat; les prescriptions intrinsèques ou extrinsèques obligent également, mais leur infraction n'entraîne pas toujours la même responsabilité.

231. Des prescriptions ou qualités *intrinsèques ;* tout mandat impératif est à la fois virtuellement prohibitif; conséquences qui en résultent; exemples; ce principe est du droit civil comme du droit commercial; il est une règle d'équité, une déduction du contrat.

232. Néanmoins, dans l'application, on doit distinguer entre le cas où le commissionnaire a fait la chose commandée et au delà, et celui où il l'a faite, mais pas entière; la responsabilité n'est pas toujours la même dans l'un que dans l'autre; principes pour décider s'il y a ou s'il n'y a pas responsabilité.

233. Lorsque la chose n'a pas été faite entièrement, on doit examiner si cette chose, eu égard à sa nature, et subsidiairement à l'intention du commettant, peut ou ne peut pas être divisément livrée; exemples de diverses espèces où l'opération peut être laissée au compte du commissionnaire, où elle ne peut pas l'être.

234. Le commissionnaire ne commet pas de faute en faisant quelque chose en deçà de ce qui est commandé, lorsque l'ordre prescrit seulement une limite qui ne doit pas être dépassée; pourquoi? exemples.

235. Il est quelquefois difficile de distinguer quand l'inaccomplissement d'un ordre dans toute son étendue entraîne responsabilité; données d'où dépend la solution du problème; espèce où le commissionnaire est en faute de n'avoir pas compris l'intention du commettant; espèce où le commettant doit s'imputer de ne s'être pas clairement exprimé.

236. Si, nonobstant l'ambiguïté de l'ordre, le commissionnaire écrit qu'il va l'exécuter dans tel sens, il est tenu de le faire; pourquoi; s'il demande des explications, il doit attendre avant d'exécuter la partie douteuse de l'ordre; mais il n'est pas dispensé d'exécuter la partie qui est claire et précise, à moins que l'objet ne soit indivisible.

237. La nature et la qualité des marchandises ou denrées dont l'achat est commis, peuvent être désignées par le commettant de mille manières; quelle que soit celle dont le commettant se serve, le commissionnaire doit strictement observer cette prescription de son mandat.

238. En outre, déterminée par un de ces moyens, la marchandise peut se diviser et se subdiviser en plusieurs qualités; toutes ces prescriptions sont également obligatoires.

239. Même obligation, lorsque la forme de la marchandise a été commandée.

240. Vainement le commissionnaire offrirait de prouver que la modification qu'il a faite est sans conséquence nuisible; la droiture de ses intentions ne peut lui servir d'excuse; il en est de même, la chose modifiée ou substituée fût-elle plus avantageuse en soi, considérée par abstraction de celle qui a été prescrite.

241. Ce principe, quoique rigoureux, est de toute équité; preuve.

242. Une commission peut aussi contenir et contient souvent des prescriptions tacites non moins obligatoires que si elles étaient expresses; exemples.

243. Toute commission renferme tacitement la prescription prohibitive de la pratique d'aucune fraude contre les lois, d'aucun dol envers les tiers; exemples.

244. Des prescriptions ou *qualités extrinsèques* du mandat; elles ne doivent pas être moins observées que les *qualités intrinsèques* dont on vient de parler; pourquoi; ce principe est universellement reçu; espèce où le commissionnaire s'est écarté, dans un cas, du mode prescrit; dans un autre, du mode et de la clause-condition; dans un troisième, du mode, de la condition et de la clause-condition.

245. Règle générale qui renferme la mesure des principaux devoirs de tout commissionnaire.

246. Encore bien qu'aucun équivalent ne puisse remplacer la chose à faire ou l'objet du mandat, il n'en est pas toujours ainsi du moyen de l'exécuter; le mandat peut être également bien accompli de plus d'une manière; preuve et exemples divers.

247. L'emploi de moyens autres que ceux prescrits pour l'exécution d'un ordre ne tire à conséquence que s'il en résulte dommage ; différence entre les prescriptions relatives à ces moyens et les prescriptions touchant la chose commise ; exemples par des espèces.

248. Le commissionnaire qui ne se conforme pas au mode tracé pour l'exécution devient assureur du mode qu'il substitue ; il doit réparation du préjudice causé ; il y a présomption qu'il eût mieux réussi en suivant ses instructions, mais cette présomption est de nature à céder à la preuve contraire.

249. Un principe général, applicable à toutes sortes de commissions, est qu'un commissionnaire ne peut se charger d'intérêts opposés aux siens propres ; conséquences de ce principe ; dispositions du droit anglais et du Code espagnol.

250. C'est un autre principe général, qu'un mandat contient virtuellement les pouvoirs indispensables à l'accomplissement de ce qui en est l'objet ; passage de Casaregis ; application du principe à divers exemples ; espèce rapportée et décidée par Casaregis.

251. Il est du devoir d'un commissionnaire de communiquer à son commettant, exactement et sans délai, tous les renseignements utiles qui lui parviennent, touchant les négociations, ventes ou achats dont il est chargé ; exemples ; mais il n'est pas garant de la vérité des documents transmis, pourvu qu'il soit de bonne foi.

252. L'objet du mandat accompli, une dernière obligation lui reste à remplir, celle de donner avis de la conclusion de l'affaire ; art. 134 du Code espagnol ; il constate un usage universellement reçu ; application du principe à divers exemples.

253. Si le commissionnaire doit être ponctuel dans l'exécution du mandat, il ne doit pas être moins attentif à se procurer la preuve de cette exécution ; espèce jugée par la Rote de Gênes.

254. L'opération commise une fois conclue, le commissionnaire ne peut ni la résilier, ni la modifier au préjudice du commettant.

255. Dans cette analyse générale des principaux devoirs d'un commissionnaire, tout est de rigueur ; ainsi l'exigent et l'intérêt du commerce et la stricte équité.

256. Tout ce qui vient d'être dit n'admet aucune différence entre le commissionnaire qui agit en son propre nom et celui qui agit sous un nom social ; courte réfutation de l'opinion qui prétend que, même dans une société en nom collectif, si l'un des associés ne réalise pas sa mise, la société n'a jamais véritablement existé.

257. Outre ce qui a été exposé *suprà*, chapitre 3, sur la gestion d'affaires, quelques principes sont plus particulièrement applicables au mandataire qui excède ses pouvoirs ; celui-ci devient, suivant les circonstances, ou *negotiorum susceptor*, ou *negotiorum gestor* ; conséquences de cette double position.

258. Autre est la position du commissionnaire qui, dans un cas urgent et insolite, dénature l'objet du mandat ou agit autrement qu'il ne lui était prescrit ; néanmoins, irréprochable d'avoir dévié du mandat, il répond des fautes qu'il a commises dans le choix des moyens de l'exécuter.

259. Le commissionnaire qui devient *gestor* par l'effet d'un cas fortuit, ou d'un cas insolite, ne peut renoncer à la gestion qu'il a commencée et qu'il a substituée à celle que l'accident a rendue impossible ; mais quand l'entreprise de cette gestion doit lui causer un préjudice considérable, l'équité naturelle ne lui commande pas de la commencer et de la faire.

260. Énonciation des principales prescriptions relatives à l'exécution d'un ordre.

227. — Avant tout, rappelons-nous bien la nature particulière de notre contrat.

Que je dise à quelqu'un : Voilà 100,000 fr., faites pour moi le commerce ; c'est un mandat général ;

Si je lui dis : Mes affaires s'étendent et se multiplient au point que je n'y suffis pas ; chargez-vous de mon commerce

de vins ; je ferai le reste ; c'est encore un mandat général, quoiqu'il ne le soit que pour une spécialité.

En vertu du premier mandat, le préposé peut se livrer à toutes sortes de négociations indistinctement, les exécuter lui-même, ou les faire exécuter à d'autres, par tels moyens qu'il jugera à propos d'employer ou de prescrire.

Il en est ainsi du second mandat, mais *intrà fines præpositionis*, pour les vins seulement.

Au contraire, le mandat de commission n'est jamais que spécial soit pour une affaire déterminément, soit pour telles ou telles affaires individualisées. Il est danc toujours circonscrit et limité dans son objet ( V. *suprà*, nᵒˢ 10, 24 ).

228. — Mais, considéré dans son exécution, il peut être ou impératif ou facultatif, c'est-à-dire limité ou illimité ; en d'autres termes, quelquefois le commissionnaire est lié par des instructions précises, d'autres fois laissé libre d'agir *uti voluerit*, selon sa prudence, *au mieux des intérêts*. C'est ce que Casaregis appelle *mandatum cum liberâ*.

Les diverses combinaisons de l'exécution peuvent se résumer en ces deux expressions générales.

229. — Une même commission peut contenir un seul ou plusieurs ordres, par conséquent avoir un seul objet, ou en avoir plusieurs. Elle est simple au premier cas, complexe dans le second.

Elle peut aussi, limitative en plusieurs points, n'être que démonstrative sur certains autres, quelquefois même purement facultative.

Elle peut encore se diversifier, se modifier d'une infinité de manières, par les prescriptions positives, conditionnelles ou alternatives auxquelles le commettant en aura assujetti ou subordonné l'exécution.

Elle peut enfin contenir ou ne contenir pas des stipulations ou pactes accessoires, appelés vulgairement les conditions d'un contrat, *pacta adjecta;* nous les qualifierons de *clauses-conditions* pour les distinguer des conditions proprement dites, qui dépendent d'un événement futur et incertain.

Mais, quels que soient le nombre et la variété des ordres, des prescriptions, des conditions et des clauses-conditions d'un mandat, l'exécution n'en est pas moins soumise à des principes fondamentaux et à certaines règles générales qu'il convient d'exposer dès à présent.

230. — Quand les anciens docteurs qui ont traité du commerce, entre autres Baldus, Marquardus, Scaccia, Ansaldus, Tuschi et Casaregis, ont à parler de l'exécution d'un mandat, ils donnent le nom de *qualités intrinsèques* à toutes les prescriptions expresses ou tacites qui, dans ce mandat, se rapportent exclusivement à son objet, considéré par abstraction ; et ils appellent *qualités extrinsèques*, toutes ces prescriptions circonstancielles (*che sono intorno al mandato*), exprimées ou sous-entendues, dont le but est de régler le mode d'exécution, c'est-à-dire de déterminer où, quand, comment, par quels moyens, à quelles clauses-conditions le mandat sera exécuté, et de quelles conditions en pourra dépendre la mise à exécution.

Enfin ce qu'ils nomment *la forme* du mandat, c'est la réunion ou l'ensemble de toutes les prescriptions dont il se compose, *intrinsèques* et *extrinsèques*.

Ces deux dénominations fort justes, sous lesquelles sont comprises, sans nulle exception, les instructions quelconques dont un mandat est susceptible, semblent tracer naturellement l'ordre dans lequel nous en devons parler.

Ce n'est pas que toutes n'obligent également *sieno in*

*trinseche, o extrinseche* (Casareg., Disc. 119, n° 64 ), quand elles sont impératives. La seule différence, c'est que leur infraction respective n'entraîne pas toujours une égale responsabilité, et qu'il peut même arriver qu'il n'y en ait pas du tout pour s'être écarté des unes, tandis qu'il y en a toujours à dévier des autres.

Mais, comme la matière est d'une complication dont on ne saurait entièrement la dépouiller, essayons du moins de la simplifier autant que possible.

231. — Nous parlerons donc, en premier lieu, des prescriptions ou *qualités intrinsèques*.

D'abord, c'est un principe certain que tout mandat impératif est, à la fois, virtuellement prohibitif par cela même qu'il est limité ; car, qui commande une chose déterminée, défend implicitement de lui en faire une différente en quelque point que ce soit, de ne la faire qu'en partie, et d'en faire pour son compte aucune autre en plus ; *Non est in facultate mandatarii addere vel demere ordini sibi dato* (Rot. Gen., dec. 9, n° 14. L. 12; C., *Mand.*).

Il y a donc toujours excès du mandat, quand le commissionnaire ne fait pas identiquement, exclusivement et entièrement la chose commandée. C'est, en effet, une conséquence directe de la spécialité de la commission quant à son objet, qu'on ne puisse lui en substituer un autre, ou le remplacer par aucun équivalent, ni aucunement le modifier. Ce serait évidemment ne pas faire la chose commise, mais quelque autre chose : *Diligenter mandati fines custodiendi sunt, nam qui excessit, aliud quid fecisse videtur* (L. 4, D., *Mand.*).

Si donc je vous mande de tirer sur Paris 10,000 fr. à l'ordre de Jacques, vous ne pouvez pas les lui prêter pour mon compte ; quand, pour les réparations de mon

navire auxquelles vous avez pourvu, je vous écris de faire traite sur moi, ou sur Salomon, il ne vous est pas permis de prendre votre remboursement d'une autre manière, *v. g.*, par un emprunt à la grosse ; ce ne serait pas identiquement la chose commandée ; et si en exécutant mon ordre relatif à Jacques, vous avez tiré 20,000 fr. au lieu de 10,000, vous n'avez pas fait exclusivement l'affaire commise, mais, en outre, une autre affaire de 10,000 fr. Commissionné pour vendre mes marchandises, vous n'êtes point en droit de les échanger : *Mandatum ad merces vendendum non extenditur ad permutandas easdem;* ni d'en disposer d'une autre manière, pas plus que d'en vendre la totalité, l'ordre étant d'en vendre la moitié ; ce serait encore faire quelque chose contre une prohibition sous-entendue ; et, de vous à moi, ce que vous avez ainsi fait est réputé non avenu, en ce sens que vous m'en répondez : *Mandati forma servanda est; non servatâ, nil actum dicitur* (Casareg., Disc. 179, n° 67, 68).

S'agit-il d'acheter, la prohibition embrasse non-seulement le genre, l'espèce et la qualité, mais encore la quantité en nombre, poids et dimension des denrées, marchandises, ou tous autres objets dont l'achat est commis, indépendamment de leur qualité bonne, mauvaise, ou rédhibitoire, dont il sera parlé ailleurs (1).

Par conséquent, lorsque je vous commets l'achat de 25 tonneaux vin rouge, de la récolte de 1850, il est clair que vous ne pouvez m'acheter des eaux-de-vie (ce ne

(1) Actio ad interesse (datur) contrà mandatarium qui emit merces vitiosas, aut minùs bonas, vel vilioris qualitatis contrà ordinem et mentem mandantis, ut damnum per mandatorium reficiatur..., quæ qualitas, seu bonitas aut perfectio juxtà respectiva rerum aut mercium genera, considerari etiam debet quoad saporem, odorem, sonum, colorem, novitatem, raritatem, et hujusmodi (Casareg. Disc. 176, n°s 4 et 7).

serait pas le genre de la marchandise demandée) ni m'envoyer des vins blancs (ce ne serait pas l'espèce), ni m'expédier des vins de la récolte de 1829 ou 1831 (ce ne serait pas la qualité), ni même m'en expédier 10 ou 50 tonneaux, au lieu des 25 que j'ai commandés (ce ne serait pas la quantité).

Au reste, le principe est du droit civil tout aussi bien que du droit commercial. Les Espagnols en ont même fait une loi expresse pour le commerce, où on doit l'observer plus rigoureusement encore que dans les affaires qui ne lui appartiennent pas (1). Le mandataire, dit Casaregis, ne peut, en aucune chose, ni rester en deçà, ni aller au delà des prescriptions de son mandat : *Non può il mandatario causa veruna aggiungere, ne scemare interno al mandato;* puis il ajoute, comme maxime certaine : *E cio procede quando anche l'eccesso del mandato consistesse in una piccola anzi menomissima parte* (Disc. 119, n$^{os}$ 9 et 11) ; expressions énergiques qui font voir que la prohibition s'entend de la plus légère addition, du plus petit retranchement, de la plus mince modification.

Ce principe, qui, au premier aspect, pourrait sembler d'une rigueur excessive, et tenir du *summum jus*, n'est pourtant qu'une règle d'équité, et, en même temps, une déduction du contrat. En effet, si, comme nous le verrons au chapitre des devoirs du commettant, celui-ci ne peut accepter partiellement, et répudier en partie une exécution conforme à son ordre, il n'est pas juste de lui imposer les conséquences d'une exécution incomplète ou excessive.

Sous un autre rapport, l'injustice ne serait pas moins évidente; car, à part le cas fortuit et le cas insolite dont

(1) El comisionista debe sujetarse en el desempeno de su encargo, cualquiera que sea la naturaleza de este, a las instrucciones que haya recibido de su comitente, etc. (Art. 127 C. esp.).

il ne s'agit pas en ce moment, c'est-à-dire, si, lors de l'exécution, le commissionnaire n'a rencontré aucun obstacle, il n'a pu, *salvâ fide*, capricieusement s'écarter de ses instructions.

232. — Néanmoins l'application du principe exige une distinction entre le cas où le commissionnaire a fait toute la chose commandée, et quelque chose au delà, et celui où il l'a faite en partie, mais pas tout entière. Au premier cas, il y a toujours responsabilité, et pas toujours dans le second. En outre, lorsque la responsabilité existe dans les deux cas, son étendue n'est pas toujours la même dans l'un que dans l'autre.

Mais quand y a-t-il ou n'y a-t-il pas responsabilité pour avoir fait plus ou moins que l'entier de la chose à faire? C'est une question souvent fort difficile, malgré l'évidence du principe d'où dépend sa solution.

Ce principe est que le mandat doit être exécuté selon l'intention du commettant, et non selon l'entente du commissionnaire : *Mandatum exsequi debet secundùm mentem mandantis, et non mandatarii* (Casareg., Disc. 119, nº 69).

En sorte qu'il est d'obligation pour le commissionnaire de bien saisir l'intention du commettant, et d'obligation pour celui-ci de l'exprimer clairement.

Car c'est un autre principe que toute convention douteuse s'interprète contre celui qui a stipulé : *Verba obscura, dubia, æquivoca, semper interpretari debent contrà scribentem* (Casareg., Disc. 57, nº 97). Le Code civil (art. 1162) a consacré cette déduction du droit naturel.

Or, l'intention du commettant ne se reconnaît pas seulement à des paroles écrites ou prononcées, on la reconnaît encore fort souvent par la nature même de l'objet du

mandat, ou par les circonstances où il a été donné et accepté ; quelquefois aussi faut-il combiner ensemble tous ces éléments d'interprétation.

Qu'il ait été fait moins ou exécuté plus que la chose commandée, ces principes sont également applicables.

233. — Voyons d'abord le premier cas.

Lorsque la chose n'a pas été faite entièrement, on doit examiner si, eu égard à sa nature, subsidiairement eu égard à l'intention du commettant, cette chose peut ou ne peut pas lui être divisément livrée, ou en partie mise à son compte, sans contrevenir à l'intention dans laquelle le mandat fut donné. Envisagée sous ce double rapport, la division est-elle impossible, toute l'opération peut être laissée au compte du commissionnaire, qui doit, en outre, réparer le préjudice.

Par exemple, si on me charge de l'achat d'un navire, il est clair, par la nature même de la chose, que l'ordre s'entend du navire tout entier. Vainement dirais-je, après en avoir acheté les 59/60, que, malgré mes efforts et l'élévation de mes offres, je n'ai pu obtenir la vente du dernier 1/60. Il y a faute, car, avant de rien acheter, je devais m'assurer le consentement de tous les intéressés ; et, comme le navire ne saurait être livré à part de la fraction non achetée, et qu'ainsi le commettant aurait un quirataire quand son intention était de n'en avoir pas, il est en droit de répudier toute la négociation. J'aurai beau dire que 1/60 n'est presque rien par rapport au reste du navire ; l'intérêt fût-il plus minime encore, toujours est-il que le mandat n'est pas exécuté dans l'étendue prescrite. Or, il fallait ne s'en écarter en rien du tout, *anzi in menomissima parte.*

Mais si l'ordre eût été d'acheter la moitié du navire, et

que je l'eusse acheté en entier, l'achat ne pourrait être laissé entièrement à ma charge, mais seulement pour moitié; car, puisque l'intention du commettant était de n'obtenir que 30/60 du navire, toujours fallait-il qu'il eût un ou plusieurs copropriétaires; or, du moment que l'autre moitié me reste, il est évident que l'excès dans l'exécution du mandat ne cause nul préjudice à celui qui l'a donné.

Un négociant de Nantes en avait commis un autre d'Amsterdam à l'achat, *sans prix limité*, d'un parti de poivre annoncé vendable aux enchères publiques. La denrée ayant été divisée en plusieurs lots, le commissionnaire s'en fit adjuger la majeure partie; mais, vers la fin, les enchères ayant été poussées à un prix qu'il jugea trop élevé, il se retira et abandonna le reste. On reconnut à Amsterdam que le négociant français avait usé d'un droit incontestable, en laissant l'affaire pour compte du Hollandais. En effet, celui-ci devait tout acheter, *coûte que coûte*, parce que, en ne limitant aucun prix, en même temps qu'il ordonnait d'acheter le parti (1) de poivre, le commettant témoignait assez ne vouloir point d'un achat partiel, et c'est ainsi que le commissionnaire devait l'entendre. Dans cette espèce, la chose commise pouvait être matériellement divisée; mais elle ne le pouvait eu égard

(1) *Parti* de marchandises. Quoique le mot ne se trouve pas dans les dictionnaires, il n'en est pas moins d'un usage général dans le commerce. Qu'une cargaison soit composée, *putà* de sucres, de cafés, de safran, etc., chacune de ces denrées sera un *parti*, si le *totum* en est, à la fois, mis en vente, fût-il divisé par lots, comme dans l'espèce. Une quantité de denrées ou marchandises peut aussi être divisée (*partita*) en plusieurs *partis*, et alors chacun de ces *partis* est respectivement considéré comme formant un tout. Mais, pour former un *parti*, il faut la réunion de tous les lots qui en ont été faits.

à l'intention du commettant ; car, dès qu'une partie aliquote du poivre était passée en mains tierces, sa spéculation fondée sur l'avantage calculé d'en devenir détenteur unique, ne pouvait plus se réaliser telle qu'il l'avait conçue.

Et, quant aux dix tonneaux de vins qu'on m'envoie au lieu de vingt-cinq que j'ai commandés (V. n° 231), libre aussi à moi de les laisser pour compte, ayant à dire, et la présomption étant (si le contraire ne résulte des termes du mandat ou des circonstances) que le succès de ma spéculation, dont je ne dois la confidence à personne (1), dépendait de l'entière exécution de l'ordre que j'avais donné.

Au contraire, lorsque j'expédie 40 balles de coton au lieu de 30 qui me sont demandées, du moment que je garde le surplus pour mon compte, la division n'ayant rien qui nuise au commettant, le mandat est bien exécuté. La seule peine encourue, c'est que, si les balles, en les supposant du même poids et de la même qualité, ont été achetées à des prix différents, celles qui ont coûté le moins devront, selon les circonstances, être attribuées au commettant dont l'ordre a été surexécuté, parce qu'il en est, en quelque sorte, du commissionnaire comme de l'esclave ; *l'un doit aimer son maître plus que lui-même ;* l'autre, les intérêts de son commettant plus que les siens propres (2).

Il en est de même quand on m'expédie 50 tonneaux de vins, au lieu des 25 dont j'ai commis l'achat.

(1) Nemini licet mercatorum secreta vel arcana penetrare (Casareg., Disc. 76, n° 6).

(2) Il est remarquable que, dans la jurisprudence anglaise, tout ce qui se rapporte aux devoirs du commissionnaire, quant à l'exécution, est calqué sur l'assimilation de ces devoirs avec ceux du domestique (*a menial servant*).

Ainsi encore, lorsque, ayant accepté de faire assurer, pour votre compte, la totalité d'un chargement, je ne remplis la commission que pour les trois quarts, l'assurance est valable jusqu'à cette concurrence. Vous ne pouvez donc, au cas de sinistre et de la faillite des assureurs, me demander qu'un quart de la valeur des marchandises, parce que le risque pouvant être divisé entre plusieurs assureurs, il pouvait l'être aussi par rapport à vous-même, et que d'ailleurs, au moyen de cette charge que je prends, loin de rendre votre condition pire, je l'ai rendue meilleure que si j'avais tout fait assurer par des personnes tombées en faillite depuis le mandat exécuté.

Ces exemples suffisent pour faire comprendre la justice et la portée du principe d'après lequel un commissionnaire ne doit jamais dévier de ses ordres, soit par excédant, soit par insuffisance dans leur exécution.

234. — Néanmoins il est un cas où il ne commet de faute qu'en faisant quelque chose au delà de ce qui est commandé : c'est lorsque l'ordre prescrit une limite qui ne doit point être dépassée, sans exprimer ni contenir virtuellement la défense de l'exécuter en moindre partie. Mais pourquoi? Parce qu'alors le mandat est à la fois impératif et facultatif; impératif, en ce qu'il trace des bornes qui ne doivent pas être franchies ; facultatif, en ce que le commissionnaire n'est pas tenu, quoiqu'il en ait le pouvoir, de faire la chose avec toute l'étendue que comporte la limite dans laquelle il doit se renfermer.

Si donc, commissionné par vous pour faire ouvrir à Jacques, chez un banquier, un crédit qui ne dépasse point 50,000 fr., je ne lui en fais donner qu'un de 30,000, vous êtes lié pour cette dernière somme, le *maximum* de la première n'étant qu'une limite que je ne pouvais ex-

céder, sans que l'ordre m'imposât l'obligation de l'atteindre. Il n'en serait pas autrement si vous m'aviez mandé d'emprunter pour vous jusqu'à la concurrence de 40,000 fr., et que je n'en eussé emprunté que 20,000 (1).

Dans cette double espèce, nulle difficulté, le caractère facultatif d'une partie du mandat étant manifesté par ses expressions mêmes.

235. — Mais on ne distingue pas toujours avec autant de facilité quand l'inaccomplissement d'un ordre, dans toute l'étendue du pouvoir qu'il confère, est ou n'est pas un cas de responsabilité. Bien souvent c'est une sorte de problème dans lequel il faut tenir compte de la nature du mandat, des termes qui révèlent avec plus ou moins de clarté ou d'obscurité l'intention du mandant, et des circonstances dans lesquelles il a été donné et accepté.

Par exemple, supposons qu'en me commettant l'emprunt des 40,000 fr., vous m'ayez écrit :

« La Guerre me doit des sommes considérables, et je « n'en puis rien obtenir. On me remet sans cesse d'un « jour à un autre ; mais chaque jour aussi mes échéances « approchent. Dans l'incertitude du temps où je serai « payé, mais trop certain de celui où il faudra que je « paye, je craindrais d'être pris au dépourvu. Voyez donc « à me trouver la somme de fr. 40,000..... avec cela, « tout bien calculé, je puis aligner mes affaires, quelque « chose qu'il arrive. »

Cette lettre ne me défend pas expressément d'emprunter moins de 40,000 fr. ; mais les explications qu'elle

(1) Rogatus ut fidejuberet, si in minorem summam se obligavit, rectè tenetur ei (mandator) contrariâ actione mandati, usque ad eam summam (L. 33, *D. Mand.*).

renferme, et les circonstances où elle est écrite, font assez voir qu'il est dans les besoins et dans l'intention du commettant d'avoir intégralement cette somme, dont la moitié ou les deux tiers ne suffiraient pas à le tirer de l'embarras qu'il appréhende. Si la volonté du commettant a été mal comprise par le commissionnaire, c'est une faute dont celui-ci est responsable, en vertu du principe que le mandat doit être exécuté selon l'intention du commettant (*secundùm mentem mandantis et non mandatarii*), lorsque, pour la comprendre, il suffit de l'intelligence que doit avoir quiconque se charge d'agir pour autrui, surtout moyennant salaire.

Car c'est encore un principe qu'accepter un mandat, c'est promettre d'apporter dans son exécution tout le soin et toute l'habileté qu'elle exige : *Spondet* diligentiam et industriam *negotio gerendo parem.* « Dans quelque pro- « fession ou genre d'affaires qu'un agent soit placé, dit « Paley, celui qui l'emploie est en droit d'attendre de lui « qu'il possède et pratique, au même degré que les autres « personnes exerçant la même profession ou le même « genre d'affaires, les connaissances et l'habileté dont « elles sont généralement pourvues (1). »

Mais, on l'a déjà dit : si le devoir du commissionnaire est de comprendre l'intention du commettant, l'obligation de celui-ci est de l'exprimer clairement, en évitant tout emploi de termes douteux et de locutions amphibologiques.

Supposez, par exemple, un ordre ainsi conçu :

(1) In whatever profession or business an agent is placed, his employer has a right to expect from him the possession and exercise of such a degree of knowledge and skill as is generally possessed by others of the same profession and business. (A *Treatise of the law of principal and agent*, p. 6, n° 1.)

« Vous savez que, d'après mon marché dont le terme « approche, je dois, dans les dix premiers jours du mois « prochain, livrer dix tonneaux vin rouge à l'Hôpital-Gé- « néral de Rennes. Veuillez me pourvoir à temps de ces « liquides. Je ne serais même pas fâché d'en avoir un peu « plus que moins, et bon accueil serait fait à un envoi de « vingt-cinq tonneaux ; je ne puis croire que j'en reste « longtemps embarrassé. Mais faites vite et bien, car « l'économe, très-rigoureux sur le terme, n'est pas cou- « lant sur la qualité. »

Une partie de cet ordre est fort claire, et l'autre ne l'est pas. En pesant ses termes, on voit que la pensée du commettant a surtout pour objet la livraison qu'il doit faire de dix tonneaux de vin, sous peine de se compromettre. C'est par là qu'il commence et termine sa lettre. Ces dix tonneaux y sont le point dominant. Quant aux quinze autres tonneaux, les idées du commettant ne semblent pas bien arrêtées, et l'on ne saurait trop dire s'il prescrit, ou si seulement il permet de les lui envoyer. Il commet donc une faute qui l'oblige à se livrer, qu'on lui expédie vingt-cinq tonneaux, ou qu'on ne lui en envoie que dix. Il est le stipulant, le *scribens*, et c'est contre lui que l'interprétation doit se faire.

236. — Mais si, nonobstant l'ambiguïté de cet ordre, le commissionnaire a écrit au commettant qu'il va lui expédier vingt-cinq tonneaux, il est tenu de le faire, et le mandat serait mal exécuté, s'il n'en envoyait que dix.

Car c'est un principe que le commissionnaire, s'il n'est pas contremandé, est obligé de faire tout ce qu'il a annoncé qu'il fera pour l'exécution du mandat : *Mercator seu mandatarius tenetur observare id quod scripsit se facturum circà ordines ipsius corresponsalis* (Casareg.,

Disc. 69, n° 4). La raison en est évidente : c'est que, le mandat ayant été interprété par le commissionnaire dans le sens d'une commande de vingt-cinq tonneaux, avec annonce de leur prochain envoi, et le commettant n'ayant rien répondu, l'interprétation se trouve faite en vertu du principe développé, *sup.* n°s 50, 155, que ne pas répondre, c'est consentir : *Litteras recipiens et non reclamans, illas acceptare dicitur, et cum scribente contrahere* (Casareg., Disc. 30, n° 54) ; et, comme il est aussi de principe que l'interprétation d'un contrat rétroagit au jour de sa formation, c'est, dans l'espèce, comme si, dès l'origine, l'ordre eût clairement énoncé la demande de vingt-cinq tonneaux. Le commissionnaire est donc tenu de les livrer, comme le mandant d'en prendre livraison.

Que si le commissionnaire, craignant de ne pas bien comprendre l'intention du commettant quant au nombre de vingt-cinq tonneaux, lui avait écrit pour lui en demander l'explication, il devrait l'attendre avant d'exécuter la partie de l'ordre qui lui a paru douteuse ; il ne lui est pas permis d'interpréter, au hasard de se tromper, une volonté qu'il avoue ne lui être pas clairement connue, par cela même qu'il prie de la lui expliquer : *Mandatarius scribens mandanti se nihil gesturum circà ejus negotia absque priùs intellectâ ejus voluntate, nihil potest deliberare antè acceptam responsionem* (Casareg., Disc. 69, n° 21).

Mais c'est encore une règle de bon sens et d'équité, que la partie douteuse ou ambiguë d'un mandat ne dispense point de l'exécuter, et n'excuse même pas le retard de son exécution dans la partie de ce mandat qui est claire et précise, lorsque l'objet n'en est pas matériellement indivisible. Or, dans l'espèce supposée, s'il n'est pas clair que le commettant veuille vingt-cinq tonneaux, du moins est-il évident qu'il en veut dix, et cela sans retard, puis-

que, s'il ne les a pas en temps opportun, il craint une demande de dommages-intérêts. Il y aurait donc faute à ne pas les lui envoyer, sous le prétexte de l'obscurité relative aux quinze autres tonneaux, et des explications sollicitées à leur sujet; et faute encore, par conséquent responsabilité, à lui envoyer les quinze en plus, avant d'avoir reçu ses explications.

Ces divers exemples, qu'il serait inutile de multiplier, font voir combien un négociant doit mettre de soin dans la rédaction de ses ordres, et quelle attention celui qui s'en charge doit apporter à s'en bien pénétrer.

237. — Pour ce qui est de la nature et de la qualité de la marchandise ou des denrées dont l'achat est commis, il est mille moyens par lesquels le commettant peut les désigner. Tantôt ce sera par le nom de la fabrique, ou du manufacturier : d'autres fois, par le lieu ou la contrée de la production et l'année de la récolte; souvent aussi par la dimension, la forme, le goût et la couleur plus ou moins prononcée, plus ou moins nuancée, des objets commandés; ou bien encore par leurs dénominations particulières dans le commerce, ou certaines qualifications bizarres que la mode leur aura données; en un mot, d'une infinité de manières. Mais, quelle que soit celle dont le commettant s'est servi, le commissionnaire est rigoureusement tenu d'observer cette prescription du mandat, sans quoi toute l'affaire peut lui être laissée pour compte. On n'excuserait pas un commissionnaire de son ignorance à cet égard. S'il ne sait pas le commerce, qu'il ne s'en mêle pas : *Disce cautiùs negotiari.* Voilà toute la réponse que lui fait Casaregis (Disc. 216, n° 36).

238. — En outre, lorsque, par un de ces différents

moyens, la marchandise se trouve déterminée, elle peut se diviser et se subdiviser en plusieurs qualités, eu égard à leur degré respectif de supériorité ou d'infériorité : *v. g.*, en première qualité, seconde, troisième, etc., et, dans la qualité, en premier choix, second choix, etc., deuxième seconde, première quatrième ou autres dénominations équivalentes. Or, toutes ces prescriptions sont également obligatoires, *de formâ mandati;* l'infraction d'une seule est un cas de responsabilité.

Par conséquent, commis à l'achat, pour mon compte, de trente balles laine prime-Ségovie, vous ne pouvez m'envoyer des laines de Candie ou de Valogne, ni m'expédier de la seconde, encore moins de la tierce qui n'entre que dans la confection des draps les plus communs; quand je vous demande des cotons de la Guadeloupe, il ne faut pas m'en acheter de Cayenne ou de Saint-Domingue ; et lorsque je vous commande un nombre déterminé de caisses de savons jaspés de Marseille, il y a faute à m'acheter des savons de Carthagène ou même de la provenance désignée, s'ils ne sont pas à côte un peu rougeâtre et d'une belle jaspure, comme je les ai commandés. Il en est ainsi de toute espèce de denrées ou marchandises, par quelque moyen que le commettant en ait clairement prescrit la qualité.

239. — Bien plus, la forme même sous laquelle j'ai commandé certaines marchandises est une prescription strictement obligatoire. Tel serait le cas où vous m'expédieriez *en petits pains* les savons blancs que je vous ai mandé de m'envoyer sur table ou réciproquement, quoique ce ne soit que le même savon, sous des formes différentes.

240. — Inutilement, dans toutes les espèces qu'on

vient de parcourir et autres semblables, le commissionnaire alléguerait-il, offrirait-il même de prouver que les substitutions ou les modifications dont je me plains ne peuvent être pour moi d'aucune conséquence nuisible. On ne saurait m'entraîner dans une pareille discussion, où il me faudrait divulguer mes affaires, peut-être même les affaires d'autrui : *Mea et aliena negotia propalare.* Je n'y puis être tenu que dans le seul cas d'une contestation sur l'existence du contrat même, ou sur quelqu'une de ses stipulations, et ce n'est pas l'espèce. Le secret des opérations d'un commerçant doit être respecté : *Trà mercadanti si usa questa prudenza di tenere occulti e segreti loro negozi, et de suoi corrispondenti* (Casareg., Disc. 58, n° 14).

D'un autre côté, la droiture des intentions du commissionnaire ne sera ici comptée pour rien, par la raison toute simple qu'il ne lui appartient pas de juger les miennes, et que tout, de sa part, se borne à l'obligation de les comprendre et de les exécuter. Je ne saurais être obligé, s'il a substitué sa volonté au consentement mutuel qui avait formé la convention : *Mandatarius semper debet emendare damnum, licèt animum et rectam intentionem habuerit in gerendo negotio* (Casareg., Disc. 224, n° 81).

Il y a plus : la chose substituée ou modifiée fût-elle plus avantageuse en soi, c'est-à-dire considérée par abstraction de celle que j'ai prescrite, je n'en pourrais pas moins la laisser pour compte. Tel serait le cas où, quand je vous ai mandé de m'acheter une certaine quantité de laine de Ségovie, seconde qualité, vous me l'enverriez de la première, bien qu'à prix égal, ou même moindre. C'est l'espèce de la loi 5, D. *Mand.* : *Si mandavero tibi ut domum Seianam centum emeres, tuque Titianam emeris longè majoris pretii, aut etiam minoris, non*

*videris implesse mandatum.* Pour me donner le droit de répudier la marchandise ou l'opération, il suffit que vous n'ayez pas fait identiquement la chose que mon mandat prescrivait. C'est l'unique raison que Pothier en donne (*Mand.*, n° 97), et il n'en faut effectivement pas d'autres.

241. — Le principe peut sembler rigoureux; il est cependant de toute équité, car je puis avoir un intérêt très-réel à recevoir les marchandises précisément telles que je les ai demandées; comme si, par exemple, je devais les fournir par marché, ou les écouler d'habitude à des fabricants de draps d'Elbeuf qui n'emploient point la prime-Ségovie, laquelle n'entre que dans la ratine ou autres draps superfins. Vous m'exposez donc à une demande de dommages-intérêts, ou risquez de me faire perdre mes consommateurs, qui, s'étant cette fois pourvus ailleurs, ne me reviendront peut-être plus (1). S'il vous était impossible d'exécuter le prescrit du mandat, que ne m'en informiez-vous? Je me serais pourvu ailleurs, ou j'eusse modifié mon ordre. En m'achetant ce que je ne vous demandais pas, vous vous êtes porté *negotiorum susceptor.*

242. — Une commission peut aussi contenir et contient souvent, par rapport à l'objet du mandat, considéré en lui-même, des prescriptions tacites, non moins obligatoires que si elles étaient expresses.

(1) Neque ut locum habeant hujusmodi actiones, requiritur quòd in mercibus adsit aliquod vitium, sive aliquis positivus defectus, sed sufficit in qualitate in contractu promissâ alicujus gradûs defectus, vel quòd contrà ementis voluntatem res deservire non valeat ad usum per eum volitum vel destinatum (Casareg., Disc. 176, n°s 6 et 10).

C'est ainsi, par exemple, que dans l'ordre d'acheter des denrées ou marchandises, il est toujours sous-entendu qu'elles doivent être *loyales et marchandes*, si le contraire ne résulte de la nature même des objets commandés, *v. g.*, des rebuts de manufacture ou des marchandises avariées, dont le commerce ne serait pas défendu par les lois ou règlements de police.

La valeur de ces mots *loyale et marchande* sera plus amplement expliquée, tom. 4, *Des Achats et Ventes.* Il suffit, quant à présent, de dire que le commettant ne peut refuser la marchandise, par le seul motif de quelques légères imperfections dans sa qualité spéciale et respective. Sans cela, le commettant pourrait presque toujours accepter ou répudier l'envoi, selon la baisse ou l'élévation du cours : *Mercator non potest conqueri de mercibus transmissis, quandò sunt bonæ et mercantiles, licèt non sint perfectæ* (Casareg., Disc. 119, n° 60).

243. — Enfin toute commission renferme tacitement la prescription prohibitive de la pratique d'aucune fraude contre les lois concernant l'objet du mandat, ni d'aucun dol envers les tiers avec lesquels l'affaire sera traitée (1).

Contre la loi, comme si le commissionnaire vendait des denrées devenues, par son défaut de soins, nuisibles à la santé, ce qui n'est pas sans exemple (2) : *Rei turpis*

(1) Mandati fines non sunt servandi circà ordinem datum, quandò ordo juri est contrarius (Card. Tuschi, t. 5, p. 308).

(2) Le Code espagnol a, sur ce point, une disposition assez bizarre. Le commissionnaire est bien obligé de se conformer aux lois et règlements, en ce qui touche les négociations dont il est chargé; mais s'il y contrevient de l'ordre exprès du commettant, celui-ci seul est en faute : *Es del cargo del comisionista cumplir con las obligaciones prescritas por las leyes y reglamentos del gobierno, en razon de*

*nullum mandatum est, nulla emptio, nulla societas, nulla stipulatio* (Faber, *Ration.*, t. 5, p. 9).

Envers le tiers, comme en lui vendant sciemment des marchandises infectées d'un vice rédhibitoire, ou en lui négociant la signature en blanc de quelqu'un que le commissionnaire sait sur le point de manquer (*decoctioni proximus*), ce qui arrive encore assez souvent.

Dans ces cas et autres analogues, il y a excès du mandat, par conséquent responsabilité, tout aussi bien que quand il a été fait quelque chose en deçà ou au delà des prescriptions relatives à son objet même. C'est ce que le cardinal Tuschi exprime fort bien en ces termes : *Paria sunt quod aliquid fiat contrà formam mandati, aut præter, aut citrà, quia in hoc æquiparantur contrà, citrà et præter* (ubi sup.).

244. — Mais, pour que le commissionnaire soit libre de toute responsabilité, ce n'est point assez qu'il ne se soit en rien écarté des prescriptions ou *qualités intrinsèques* dont on vient de parler ; en général, il faut encore que,

*las negociaciones que se han puesto à su cargo, y si contraviniere à ellas, ò fuere omiso en su complimiento, sera suya la responsabilidad, y no del comitente*, como en la contravention u omision no haya procedido con orden espresa de éste (art. 133). Chez nous une pareille convention pour faire fraude à la loi, serait radicalement nulle; le commettant et le commissionnaire en répondraient également.

L'art. 63 du Code portugais ne supposo pas non plus la validité d'une telle convention, du commissionnaire au commettant. Il se borne à dire : « Tout commissionnaire est tenu de se conformer, « dans l'exécution do son mandat, aux lois et règlements du gou- « vernement ; en cas de contravention ou d'omission, à lui la res- « ponsabilité et non au commettant. » Cette disposition est beaucoup plus sage. Elle prévient, en quelque sorte, jusqu'à la possibilité d'une convention illicite dont l'effet retomberait toujours sur celui qui aurait à l'exécuter.

dans l'exécution, il ait observé, en tout, les prescriptions ou *qualités extrinsèques* du mandat, c'est-à-dire, le mode selon lequel le commettant a ordonné de l'exécuter, ainsi que les clauses-conditions qu'il y a apposées; car, comme nous l'avons dit, ces clauses-conditions et ces différentes prescriptions concourent à constituer ce que les auteurs appellent la forme du mandat, et tous enseignent qu'il n'est pas permis de s'en écarter en la plus petite chose : *A formâ mandati non est recedendum, sive respiciat res, sive personas, sive locum, sive tempus* (Bald. *in leg.* 1, D. *De exercit. act.* ).

Ce devoir est de rigueur, et le principe universellement reçu. On le trouve ainsi exposé dans le *Lex mercatoria* anglais. Nous traduisons de mot à mot :

« Il (le mandataire) doit s'en tenir strictement à la « teneur de ses ordres, car une déviation, même *en la* « *plus petite circonstance*, l'expose à faire ample satis- « faction pour toute la perte qui peut provenir de la non- « observance de ses ordres, et il est raisonnable qu'il en « soit ainsi, parce que la distance de sa position ne le « rend pas propre à juger des vues et des intentions de « son commettant. En conséquence, il doit se soumettre « aveuglément à ce qui lui est prescrit, tout en faisant « preuve de zèle pour l'intérêt du commerçant, *parce que* « *son bénéfice est certain, et le profit de celui qui l'em-* « *ploie ne l'est pas* (1). »

Paley, après avoir aussi posé en principe que toutes les

(1) He ought to keep strictly to the tenor of his orders, as a deviation from them, even in the most minute particular, exposes him to make ample satisfaction for any loss that may accrue from his non observance of them; and it is very reasonable it should be so, as the distance of his situation renders him unable to judge of his principal's views and intentions; therefore he should submit

clauses et prescriptions d'un mandat doivent être observées fidèlement (faithfully), ajoute : « Car si, sans *néces-* « *sité* (1), il (le commissionnaire) dépasse la commission, « ou si, sans y être autorisé, il met en péril la chose du « commettant, il répond des conséquences de son acte ; « qu'une perte survienne, il ne peut alléguer qu'il se pro- « posait l'avantage du commettant ; d'un autre côté, qu'il « en retire un bénéfice, il ne lui est pas permis de se l'ap- « pliquer ; il en doit compte, encore bien qu'au cas con- « traire, il doive supporter seul le résultat de sa faute (2). »

Ainsi, par exemple, je vous ai mandé de faire assurer mon navire par une chambre d'assurance, et vous le faites assurer par des assureurs particuliers ; de vendre mes cafés au comptant, en me faisant une avance de 10,000 fr., et vous les vendez à terme, sans me rien remettre ; de faire, dans la quinzaine, et si mon brick *le Neptune* n'est par arrivé alors en votre port de Brest, partir pour Nantes mes marchandises dont vous avancerez le fret au capitaine, en les chargeant sur un bateau à vapeur, et vous les expédiez un mois plus tard, sur un bâtiment ordinaire, en destination pour Saint-Malo, le fret non payé, et quoique *le Neptune* fût, depuis plusieurs jours, amarré à quai ;

blindly to them, though always exerting his best endeavours for the merchant's interest, as his gain is certain, whilst his employer's is precarious (*Lex mercator*. London, 1813, p. 46).

(1) Le cas insolite concourant avec l'urgence, ou le cas fortuit qui n'a pas tout détruit.

(2) If he unnecessarily exceed his commission, or risk his principal's effects, without authority, he renders himself responsible for the consequence of his act. If loss ensue, it furnishes no defense to him, that he intended the benefit of his principal. And on the other hand, if he thereby obtain an avantage, or make a profit, he will not be allowed to retain it ; but must account to his principal for the whole, notwithstanding that he bore the risk of failure (Pal., p. 4).

autant de fautes dont vous répondez, si dommage en arrive, pour vous être écarté, dans le premier cas, du mode ; dans le second, du mode et de la clause-condition ; dans le troisième, tout à la fois du mode, de la condition et de la clause-condition.

245. — En un mot, règle générale qui renferme la mesure des principaux devoirs de tout commissionnaire : « La commission acceptée forme un ensemble indivisible « avec ses stipulations, ses conditions, ses prescriptions « quelconques exprimées ou sous-entendues, qu'elles af- « fectent la chose à faire, considérée en soi, ou qu'elles « se rapportent soit au mode selon lequel elle doit être « faite, soit aux clauses conditions sous lesquelles elle « devra l'être, soit enfin aux conditions desquelles peut « en dépendre l'exécution. » *Mandatum est indivisibile, præcisum*, dit Casaregis (Disc. 33, n° 21). *Mandati fines et qualitates omnes, sive intrinsecæ, sive extrinsecæ, necessariæ* (résultant de la nature des choses ou de la nature du contrat), *aut voluntariæ* (ou résultant des termes de la convention), *sunt diligenter servandæ* (*idem*, Disc. 109, n° 4). Principe invariable, dont l'infraction délibérée est punie chaque fois qu'elle cause préjudice, ou qui du moins, comme le fait observer Paley, ne fléchit jamais que devant *une évidente nécessité*, c'est-à-dire, lorsqu'un empêchement insurmontable survenu sans la faute du commissionnaire ne lui permet pas d'exécuter le mandat de la manière prescrite, ou de l'exécuter de cette manière sans un dommage évident pour le maître.

246. — On vient de voir, n$^{os}$ 233 à 240, qu'aucun équivalent ne peut remplacer la chose à faire, ou l'objet même du mandat. Mais il n'en est pas toujours ainsi des

moyens de l'exécuter. Quand il peut l'être également bien de plus d'une manière, le commettant n'est pas reçu à se plaindre qu'on se soit écarté de celle qu'il avait prescrite. On la répute alors purement *démonstrative : Adimplementum per æquipollens de jure permissum est, dummodò idem sequatur alteri parti effectus* (Casareg., Disc. 198, n° 13). Tel est le cas où vous me mandez de verser à Jacques 6,000 fr. que vous lui devez. Si Jacques consent à m'en débiter, et à vous créditer de pareille somme, avec avis qui vous tient lieu de quittance, le mandat est tout aussi bien exécuté que si, conformément à son prescrit, j'avais effectué un payement en or ou en argent. Pourquoi? Parce que la chose à faire étant moins de verser les 6,000 fr. que d'opérer votre libération, il ne vous importe en rien par quel moyen honnête je vous l'ai procurée. Par exemple encore, si je vous avais dû les 6,000 fr. que vous deviez vous-même à Jacques, mon opération m'aurait libéré envers vous, et vous envers lui, dont je me serais constitué le débiteur; mais, si Jacques m'eût aussi dû 6,000 fr., trois libérations auraient pu s'opérer sans qu'aucun de nous eût un centime à débourser.

Ces sortes de compensations, de virements, sont d'un fréquent usage entre négociants; et, vu la grande utilité que le commerce en retire, elles ne sont pas soumises, dans bien des cas, à la rigueur du droit civil : *Compensatio inter mercatores admittitur in iis etiam casibus in quibus regulariter, attento juris rigore, non procedit* (Casareg., Disc. 76, n°s 9 et 15). Par exemple, chargé de recouvrer pour vous un effet de 3,000 fr. sur Jacques à qui je dois pareille somme, je puis le lui remettre acquitté en compensation de ma dette, sauf à vous en créditer, bien que votre débiteur sache que l'effet ne m'appartient pas. Par suite du même principe, si je suis

créancier de Salomon qui m'a sciemment vendu pour vous de la marchandise, je puis le payer par compensation de ma créance avec sa dette, et vous débiter comme si je lui avais compté le prix de la vente, de même que, si je suis son débiteur, et que je lui aie vendu vos marchandises, il peut en compenser le prix avec ce que je lui dois. Il en est ainsi dans une foule d'occurrences commerciales : *Mercator potest cum alio credita et debita hinc indè inter se vigentia compensare, licèt credita ad aliquem eorum corresponsalium spectarent* (Casareg., Disc. 76, n° 1).

Néanmoins, sous quelque nom que j'aie agi en achetant, si je vous sais créancier du vendeur, je ne puis compenser ma créance au préjudice de la vôtre. C'est une conséquence du principe posé n° 217, qu'un commissionnaire doit toujours préférer les intérêts du commettant aux siens propres, et cela alors que leur collision n'est que l'effet du hasard. Cependant, de Salomon à moi, la compensation n'en produirait pas moins son effet ; mais je devrais réparer le préjudice qu'elle vous aurait causé.

247. — Au reste, il est évident que l'emploi de moyens autres que ceux prescrits pour exécuter un ordre, ne tire à conséquence qu'autant qu'il en résulte dommage. Entre les prescriptions touchant la chose commise, considérée en soi, et les prescriptions relatives aux moyens de la faire, il y a donc, comme nous l'avons annoncé, cette différence que le commissionnaire ne saurait en rien s'écarter des premières sans engager sa responsabilité, tandis qu'il peut quelquefois impunément dévier des autres. Ainsi, par exemple, je ne puis vous faire compter en monnaie étrangère les 6,000 fr. que je suis convenu

de vous avancer, et que vous m'avez prescrit de charger aux messageries, pas plus que vous faire prendre du papier, de quelque satisfaction qu'on veuille le supposer. Car la prescription affecte ici l'objet même du mandat, qui, étant une somme de 6,000 fr. et argent de France, n'admet ni substitutions, ni modifications quelconques, *etiam in modico ejus qualitatis.*

Au contraire, si je la fais compter chez vous en monnaie nationale, à deniers découverts, par un de mes correspondants, refuser de les recevoir, c'est répondre du préjudice que me cause la fuite ou la faillite de ce correspondant qui me doit pareille somme. Il est vrai, *stricto jure*, que je ne suis pas libéré; je n'aurais pu l'être que par une consignation; mais le refus que vous en avez fait, sous prétexte qu'ils ne vous arrivaient point par la diligence, m'a créé le droit de vous les demander à mon tour. En effet, c'est pour qu'ils vous parvinssent plus sûrement que m'était prescrit le mode de leur envoi, dont je me suis écarté. Or, du moment où je vous les fais rendre et avoir à votre domicile, que vous importe le moyen dont je me suis servi? Mon action détruit donc la vôtre et il est inutile que je vous verse les 6,000 fr. pour vous les faire rendre ensuite : *Cur non brevi manu fiat commodiùs et expeditiùs, quod longiore fieri potest? Supervacui circuitus semper evitandi sunt, expediendarum rerum gratiâ fiunt multa quæ alioquin fieri non deberent; et in hoc prudentes omnes consenserunt* (Faber, *Ration.*, t. 3, p. 36, *De reb. cred., si cert. pet.*).

248. — Mais, si le commissionnaire ne se conforme pas au mode d'exécution qui lui est tracé, il devient assureur de celui qu'il y substitue; car, quelque apparente que fût l'égalité entre les moyens dont il a fait usage et

ceux qui lui étaient prescrits, du moment que le succès n'a pas répondu à son attente, ou que la condition du commettant en devient pire, comme si, par exemple, il devait lui en coûter davantage, le préjudice doit être réparé. La présomption est alors que le commissionnaire eût mieux réussi en suivant ses instructions.

Cependant, d'après le principe posé, *suprà*, nos 209, 211, comme cette présomption est de la nature de celles dont le propre est de céder à la vérité dès qu'elle est connue, toute responsabilité cesse devant la preuve que l'observance du mode prescrit n'aurait pas prévenu le dommage arrivé dans l'emploi du mode substitué. Il n'y a donc lieu à aucuns dommages-intérêts lorsqu'un messager infidèle s'enfuit avec les 6,000 fr. dont je l'avais chargé pour vous, si la diligence du 1er février qui, d'après votre ordre, devait vous les porter, a été complétement pillée par des brigands : *Culpa non debet nocere culposo quandò nihilominùs, absque illius culpâ, casus contigisset* (Casareg., Disc. 190, n° 14).

249. — Il est encore de principe général, applicable à toutes sortes de commissions indistinctement, que, comme le dit Paley (1), *un commissionnaire ne peut se faire lui-même la partie adverse de son commettant*, en d'autres termes, se charger d'intérêts opposés aux siens propres. La raison que l'auteur en donne est évidente : en équité, dit-il, le mandataire se doit tout entier aux intérêts de celui dont il a accepté la confiance, et, même en lui supposant la plus sévère impartialité, chose difficile, toujours y aura-t-il, dans cette contrariété d'intérêts, partage de

(1) It is established in equity, as a general principle (with few exceptions, *avec peu d'exceptions*), that an agent cannot make himself an adverse party to his principal (*ubi sup.*, p. 11, n° 6).

son zèle, de ses soins, de sa vigilance. Or, le commettant y a un droit exclusif (1).

C'est en conséquence de ce principe attesté par Paley, comme maxime d'équité, mais qui est aussi très-conforme au droit, qu'en général un commerçant ne peut à la fois vendre sa propre chose, et l'acheter de lui-même pour compte d'autrui, ou acheter pour son compte ce qu'il est chargé de vendre, quand bien même aucun prix ne lui aurait été limité. Telle est aussi la doctrine de Baldus, attestée par Tuschi (*ubi sup.*) : *ad vendendum cui voluerit pro pretio benè viso, non potest sibi ipsi vendere, neque sibi per interpositam personam, quia intelligitur arbitrio boni viri et bonâ fide agere* (2).

Nous disons *en général*, parce que, ainsi que Paley le fait observer, il est des exceptions, rares, il est vrai, mais enfin il en est, comme, par exemple, lorsque le commettant, averti par le commissionnaire de cette incompatibilité accidentelle, n'en a pas moins accordé son consentement, ou s'il la connaissait quand il a donné son mandat, ou encore si l'urgence est telle qu'elle ne permette pas d'en avertir, *v. g.*, si je vous mande d'acheter et de livrer au capitaine d'un vaisseau qui a le pavillon en berne, dix caisses genièvre, genre de liquides dont vous êtes unique détenteur au lieu du départ.

On reviendra, dans le traités particulier aux achats

(1) This is founded upon a plain reason : for even supposing the dossibility of his maintaining a strict impartiality between the two opposite interests, yet the employer has not that for which he bargains in the employement, viz., zeal and vigilance for his own exclusive advantage (*ubi sup.*).

(2) Difficile est ut unus homo duorum vicem sustineat (L. 9, D. *De pact.*). Scaccia dit aussi (d'après la Rote de Gênes, Décls. 4) : Procurator constitutus ad vendendum non potest sibimetipsi vendere, quia non potest esse emptor et venditor.

et ventes, sur ce principe que nous savons controversé et contrarié par un usage abusif. Qu'il suffise, quant à présent, de savoir que les Anglais, le peuple le plus commerçant du monde, ne sont pas seuls à le mettre en pratique. Les Espagnols l'ont érigé en loi dans les art. 161 et 162 de leur code de commerce, ainsi conçus : « 161. Les commissionnaires ne peuvent faire l'acquisition « par eux-mêmes, ni par l'intermédiaire d'aucune autre « personne, des objets dont la vente leur aura été confiée, « à moins du consentement exprès du propriétaire. » « 162. Le consentement du commettant est encore indis- « pensable pour que le commissionnaire puisse faire l'ac- « quisition de ce qui lui a été demandé avec les objets « qu'il aurait en son pouvoir, soit que ces objets lui appar- « tiennent, ou qu'il les détienne pour le compte d'au- « trui. » (Traduction de M. V. Foucher) (1). Dispositions sages et toujours fondées sur cette même vérité, que le commissionnaire se doit exclusivement à la gestion qu'on lui confie, et que dès lors il ne lui est pas plus possible de

(1) Les art. 77 et 78 du Code portugais sont exactement les mêmes: 77. *Os commissarios não podem adquirir por si nem por interposta pessoa, effeitos, cujá alheação lhes fóra confiada, sem consentimento expresso do proprietario delles*..... 78. *Da mesma sorte não óde po commissario sem consentimento expresso do comittente satisfazer uma ordem deste com effeitos, que tenha em sen poder, quer seus, quer de conta alheia.*

Il paraît qu'il n'en était pas ainsi au temps de Casaregis ; car il dit positivement : *Mercatores*, ex stylo universali, *possunt merces suorum corresponsalium sibimetipsis vendere, et vice versâ suas pro suis corresponsalibus emere, quod inter mercatores dicitur* fare le contazioni a se stessi, *dummodò tamen id sequatur bonâ fide et pro pretio currenti quod ab aliis inveniri potest* (Disc. 120, nos 24 et 35). C'est, il n'en faut pas douter, le fréquent abus que l'on a fait de cet usage, qui a motivé les dispositions qu'on vient de lire, du Code espagnol et du Code portugais, qui sont, en grande partie, le dernier surtout, copiés sur les ouvrages de Casaregis, comme nous avons bon nombre d'articles de notre Code civil copiés sur Pothier.

se dévouer en même temps et tout entier aux intérêts contraires de deux commettants, qu'aux intérêts d'un seul et aux siens propres, s'ils ne sont pas exactement les mêmes.

250. — Autre principe général d'une application journalière aux affaires commerciales : un mandat contient toujours virtuellement les pouvoirs indispensables à l'accomplissement de ce qui en est l'objet, par la raison que le commettant est toujours réputé avoir donné son ordre en vue de ses intérêts, pour sa propre utilité ; de là ces maximes de Casaregis : *In mandato antecedente continetur et subsequens. Mandata mercatorum tacitè comprehendunt omnia alia mandata necessaria ad peragendum id quod juxta eorum stylum fieri solet.... et quæ mandantibus utilia sunt* (Disc. 30, n° 14 ; Disc. 173, n° 3 ; Disc. 198, n° 31 *et passim*).

C'est par suite de ce principe que le pouvoir de vendre emporte mandat de toucher le prix, parce que, en général, un négociant ne fait vendre que dans le but de réaliser. Ainsi, encore par exemple, remettre une lettre de change pour en soigner l'encaissement, c'est donner l'ordre implicite de la faire protester si on ne la paye. Mais l'affaire une fois terminée, s'il vient à en naître quelque autre affaire, il faut un nouveau mandat et une nouvelle acceptation ; en un mot, un second contrat. Casaregis l'a lui-même décidé comme juge, dans une espèce qui fait le sujet de son discours 131. Nous n'en rapportons que la partie correspondant au point qui nous occupe en ce moment.

Un commissionnaire chargé de recouvrer une somme considérable et d'en faire l'envoi, soit en lettres de change, soit par le retour d'un navire, s'était permis de la placer en un contrat à la grosse ; il y avait évidemment excès

du mandat, mais une ratification résultait de la correspondance.

Cependant, le débiteur ne payant pas, le commettant veut qu'on poursuive ; il en donne l'ordre dans plusieurs lettres successives. De son côté, le commissionnaire répondait toujours qu'il fallait ne rien précipiter, qu'à son avis il valait mieux attendre quelque temps, le débiteur devant bientôt recevoir des valeurs et des marchandises qui le mettraient à lieu de se libérer, ce qu'il ne pouvait actuellement faire. Entre-temps, faillite du débiteur, et le commettant veut rendre le commissionnaire responsable, par ce motif, entre autres, qu'il n'avait fait aucunes poursuites malgré des ordres souvent réitérés qu'on devait considérer comme une conséquence du mandat de recouvrer.

Casaregis rapporte que cette affaire ne laissa pas de l'embarrasser ; mais à la réflexion il vit clairement que le commissionnaire ne pouvait être condamné.

En effet, le premier mandat avait pris fin par la ratification du contrat à la grosse. C'était une affaire consommée.

Le second mandat n'avait pas été accepté, et l'acceptation en était indispensable pour obliger le correspondant ; c'est une conséquence de la spécialité de chaque commission.

Enfin rien n'annonçait du dol dans les conseils du commissionnaire ; Casaregis dit même qu'ils étaient dictés par la prudence.

Le commettant ne pouvait donc que succomber.

**251.** — Lorsque avant l'exécution du mandat il parvient au commissionnaire des renseignements utiles touchant les négociations, ventes ou achats dont il est chargé, son

devoir est de les communiquer exactement et sans délai (art. 134 C. esp. et 64 C. port.). « Mais il faut, dit « Savary, t. 1[er], p. 577, qu'ils (les avis) soient vérita- « bles, et non par aucun intérêt particulier pour les obli- « ger (les commettants) d'envoyer nombre de marchan- « dises pour augmenter leur droit de commission. »

Si donc, commis à la vente de mes quinquinas au prix du cours actuel, vous apprenez que l'exportation de cet article vient d'être défendue pour l'espace de deux ans dans la province de Quito, vous êtes tenu de me transmettre cet avis qui peut influer sur mes déterminations, étant naturel de croire qu'informé de la circonstance, je suspendrai mon ordre, dans le but de profiter du renchérissement qu'elle doit produire. Il en est ainsi de toutes sortes d'opérations, *v. g.*, de l'affrétement d'un navire pour Saint-Domingue, si vous apprenez que le pavillon français y a été insulté. Cette obligation n'est pas seulement du for intérieur ; elle ouvrirait une action, s'il était prouvé que le commissionnaire y a nuisiblement contrevenu.

Au reste, il n'est point garant de la vérité de ces sortes de nouvelles, pourvu qu'il les transmette de bonne foi et telles qu'il les a reçues.

252. — L'objet du mandat accompli, le devoir du commissionnaire ne l'est pas entièrement encore. Une dernière obligation lui reste, et il ne saurait trop se hâter de la remplir : c'est de donner avis de la conclusion de l'affaire, autrement il risque de se la voir laisser pour compte : *Procurator cum mandato ad aliquid agendum, docere debet de illius executione, aliàs tenetur ad interesse* (Casareg., Disc. 27, n° 4).

Ce principe est le corrélatif, ou plutôt la conséquence

d'un autre principe précédemment énoncé n° 57, d'après lequel le commettant est libre, jusqu'à fin de l'opération, de révoquer ses ordres, de les changer, de les modifier. « Lorsqu'une négociation est conclue, le commissionnaire « doit en donner immédiatement avis par le courrier le « le plus voisin du jour de la convention. Dans le cas où « il manquerait d'exactitude à cet égard, il répondrait de « tout le préjudice qui pourrait résulter des modifications « et changements que le commettant pourrait faire par « suite de ce retard aux instructions qu'il aurait données « pour la négociation. » (C. esp., art. 134; Trad. de M. Victor Foucher.)

Cette disposition ne fait encore que constater un usage universellement reçu (V. *Lex mercat.*, p. 51), et fondé sur ce que, dans le commerce, toute négligence est une faute emportant responsabilité : *Mercatori omissio diligentiarum inseparabilis à negligentiâ positivâ, imputabilis est, et nocere debet, non autem aliis* (Casareg., Discours 216, n°s 34 et 35). Or, on l'a déjà dit, l'exactitude et la négligence font partie des promesses d'un commissionnaire.

Par conséquent lorsque, d'après mon ordre, vous m'avez acheté 25 caisses de tokai, à 60 fr. l'une, mais sans m'en informer, si, de mon côté, trouvant une bonne occasion, je me suis pourvu des vins commandés, en contremandant mon ordre; ou si, en le modifiant, je vous ai écrit de ne plus acheter qu'à 50 fr. par caisse, je suis libre dans la première hypothèse de refuser votre achat, dans la seconde, de ne m'en livrer qu'au prix fixé par mes dernières instructions. La raison en est que, respectivement au commettant, compte tenu du temps et des distances, le mandat est réputé non exécuté tant que l'exécution ne lui en est pas annoncée par le commissionnaire, sur la ponc-

tualité duquel il a droit de compter *pour sa gouverne.*

Ainsi, ayant acheté, le 1er janvier, sur une place communiquant en vingt-quatre heures par le courrier avec celle de ma résidence, vous devez me donner avis le jour même, si la chose est possible, au plus tard le 2. Si vous m'avez écrit, et que j'aie contremandé le même jour, nos lettres se croisant, le mandat est bien exécuté. Mais si, perdant un courrier, vous m'écrivez le 3 une lettre qui ne me sera remise que le 4, mon contre-ordre du 2, qui vous sera parvenu le 3, produit tout son effet. C'est comme si, en nous supposant une même résidence, vous eussiez exécuté le mandat vingt-quatre heures après la révocation (V. t. 1, nos 100 et suiv.).

253. — Au surplus, si le commissionnaire doit être ponctuel dans l'exécution du mandat, il ne doit pas être moins attentif à se procurer la preuve de cette exécution.

Benoît Lescarias demandait à Ambroise de Majolo de Dova le prix d'une certaine quantité de livres de soie, que l'acheteur avait promis de solder à une échéance déjà passée.

Celui-ci répondait avoir payé d'ordre du vendeur à Nicolas Justinien, depuis tombé en faillite.

Il est vrai que Benoît déniait le mandat, et que Ambroise n'en justifiait pas; mais il prouvait par témoins qu'après avoir connu le payement, Benoît l'avait ratifié en promettant une décharge au gré du commissionnaire. D'ailleurs, cette preuve se fortifiait par la déclaration du caissier de Justinien attestant qu'Ambroise avait payé pour Benoît. Tout semblait donc présager le succès du défendeur.

Cependant la Rote de Gênes décida contre lui :

1° Le versement fait par Ambroise était inscrit en son

nom et à son compte, à tant pour 100, sur les livres de Justinien. Or, à qui le profit, aussi la perte.

2° Point de ratification. Comment ratifier un payement fait au nom d'autrui?

3° Les livres devaient être crus de préférence au caissier qui disait une chose et en avait écrit une autre.

4° Y eût-il eu mandat, qu'importait? point d'exécution.

Cette décision (Rot. Gen., decis. 92, p. 210) est fort juste : *De his quæ non apparent et de his quæ non sunt idem fit judicium.* Si Ambroise avait pris un bordereau du versement fait pour Benoît, qu'eussent prouvé contre lui des écritures dont il n'était pas chargé?

254. — Enfin, l'opération commise une fois conclue, le commissionnaire ne peut ni la résilier, ni la modifier en quoi que ce soit, au préjudice de son mandant. Il lui faut un nouveau mandat : *Procurator non potest à contractu resilire, vel illum revocare in præjudicium mandantis, nisi concurrat mandantis voluntas* (Casaregis, Discours 56, n°s 38, 40, 41).

Si donc la résiliation est nuisible, et que le commissionnaire ait traité en son propre nom, il répond du préjudice.

S'il a traité dans le nom du commettant, celui-ci n'est pas obligé de tenir l'engagement envers le tiers, qui n'a de recours que vers le commissionnaire, et tout se passe alors entre ces deux derniers.

Dans le cas où la résiliation tournerait à l'avantage du commettant, il ne serait sans doute pas fondé à s'en plaindre; mais le commissionnaire n'ayant agi que comme *negotiorum gestor*, il lui incomberait d'en prouver l'utilité, parce qu'il serait jugé, non par la loi du mandat, mais par celle du quasi-contrat.

255. — Tout est de rigueur dans l'analyse générale qu'on vient de lire des principaux devoirs d'un commissionnaire : ils sont de la nature du contrat. Ainsi le veut l'intérêt du commerce, et la stricte équité ne l'exige pas moins.

L'intérêt du commerce, car il n'y a pas de commerce possible si la volonté ou le caprice, l'insouciance ou la négligence d'un commissionnaire pouvaient impunément enfreindre ou modifier les ordres dont l'exécution lui est commise.

L'équité, « elle ne permet pas, dit Pothier (*Mand.*, « n° 38), que, par l'infidélité du mandataire, son acceptation, au lieu de procurer de l'avantage, ne serve qu'à « induire en erreur le mandant qui, s'il n'eût pas compté « sur la parole de ce mandataire infidèle, aurait pu trouver un autre mandataire plus fidèle, ou aurait pu prendre des mesures pour faire par lui-même l'affaire qui « faisait l'objet du mandat, etc. » *Mandatum excedens et illud non adimplens fidem et amicitiam violat* (Casareg., Disc. 197, n° 1). Si cela est vrai d'un mandataire gratuit tel que celui dont Pothier parle, à plus forte raison d'un mandataire commercial.

256. — Dans tout ce qui vient d'être dit de relatif aux principes généraux sur l'exécution du mandat de commission, nulle différence entre le commissionnaire qui agit en son propre nom et celui qui agit sous un nom social.

Cependant une difficulté s'élève. Nous n'en dirons qu'un mot.

On a prétendu, même dans l'espèce d'une société en nom collectif, que, si l'un des associés ne réalise pas sa mise, la société n'a jamais véritablement existé ; prétention étrange, qui ne tend à rien moins qu'au renversement

des principes les plus élémentaires. C'est vouloir changer en un contrat réel le contrat de société qui se forme par le seul consentement : *qui solo consensu perficitur*.

Quand l'un des associés ne fait pas son rapport, il viole sa promesse, et c'est le cas de la condition résolutoire. L'autre associé a donc le choix ou de le forcer à l'apport de sa mise, si la chose est possible, ou de demander la dissolution de la société, avec dommages-intérêts, et d'en faire ordonner la liquidation. Mais point de dissolution de plein droit ( 1184 C. civ. ). Or, qu'est-ce que cela prouve, si ce n'est l'existence du contrat ?

Il n'est pas de notre sujet de suivre les conséquences de ces principes entre les associés, d'examiner, par exemple, si celui d'entre eux qui n'a pas fait son apport a droit ou non au partage des bénéfices que la société aurait faits jusqu'au moment de sa dissolution, ou si cette part de bénéfices doit ou peut être allouée à l'autre associé en nature de dommages-intérêts. Bornons nous à dire que, dans l'espèce d'une commission acceptée par une telle société, le commettant qui souffrirait de l'inaccomplissement ou de la mauvaise exécution de son mandat aurait action, non-seulement contre la société ou sa liquidation, mais subsidiairement et *in solidum* contre tous les associés, dont les biens répondraient également des dommages-intérêts.

257.—Enfin, outre les principes exposés, *suprà* chap. 3, relativement à celui qui, de sa pure volonté, s'immisce dans la gestion des affaires d'autrui, il en est quelques autres plus particulièrement applicables au mandataire qui excède ses pouvoirs.

Lorsque, sans nécessité, c'est-à-dire hors le concours de l'urgence, soit avec le cas insolite, soit avec un cas for-

tuit qui n'a pas rendu entièrement impossible la conclusion de l'affaire, ou n'a fait qu'endommager la chose en tout ou en partie, le commissionnaire se permet de s'écarter de ses instructions, on a vu qu'il se rend *negotiorum susceptor*, ou *negotiorum gestor*, selon qu'il a dénaturé l'objet même du mandat, *v. g.*, en achetant des sucres au lieu de cafés, ou s'est borné à l'inobservance de quelques prescriptions qui s'y rattachent, par exemple, s'il a acheté plus cher ou vendu à plus bas prix qu'il n'était prescrit par ses instructions.

Comme *negotiorum susceptor*, il est sans difficulté non-seulement que l'opération peut être arbitrairement laissée à ses risques et périls, mais qu'il doit, en outre, les dommages-intérêts résultant de l'inexécution.

Comme *negotiorum gestor*, on ne peut lui laisser pour compte une opération qui se trouve bien faite ; on ne le peut même pas lorsque sa gestion n'est que plus ou moins fautive ; seulement il est tenu de réparer le préjudice, et doit être jugé rigoureusement. Car, si, en droit, on le considère comme un *negotiorum gestor*, il ne l'est devenu qu'en violant sa promesse : *Grave est fidem fallere.*

258. — Quand, au moment de l'exécution, dans une affaire qui ne souffre pas de retard, surgit un obstacle qu'il ne peut vaincre et qu'il n'était pas tenu de prévenir, le commissionnaire dénature l'objet du mandat, ou agit autrement qu'il ne lui était prescrit, il devient, il est vrai, un *negotiorum gestor* créé par la nécessité, ou plutôt un procurateur institué d'office par l'équité qui lui commande de ne pas laisser périr la chose ou l'affaire qu'il peut sauver en tout ou en partie. On ne saurait dire qu'il viole le contrat ; on ne saurait même dire qu'il y eût encore un contrat, car il s'est dissous au moment où l'exécution se-

lon sa forme en est devenue impossible : *Impossibilium nulla obligatio est.* Ce *negotiorum gestor*, très-différent de celui qui viole son mandat par l'effet d'un pur caprice. doit être écouté favorablement. L'équité qui l'a commis sera donc son seul juge, et le tiendra pour irréprochable, s'il justifie avoir agi dans l'intérêt de son commettant, comme il eût agi dans son propre intérêt. C'est pour une telle espèce que Casaregis dit : *Mandatarius si in casu inopinato aliquod prudens expediens accipit, nullum ex hoc præjudicium sentire debet ; et excusatur à culpâ seu dolo, quandò de rebus mandàntis disposuit non secùs ac de suis* ( Disc. 69, n° 13, et Disc. 36, n° 13 ).

Cependant, tout irréprochable qu'il est pour avoir dévié de la forme du mandat, il n'en répond pas moins des fautes qu'il aurait commises dans le choix des moyens qu'il y a substitués ; comme si, par exemple, ne trouvant point à vendre mes marchandises au lieu du débarquement, il les envoyait ailleurs sans s'informer du plus ou du moins de faveur sur l'autre marché des marchandises de même nature ; sans s'instruire des droits de douane, ou sans combiner le fret déjà payé et celui qu'il faudra payer encore avec le prix espéré de la vente, etc. Mais qu'il soit de bonne foi, et suive un mode avoué par la prudence, *aliquod prudens expediens* ; en un mot, qu'il agisse avec la vigilance que les commerçants ont coutume d'apporter à leurs affaires, on doit le juger avec autant d'indulgence que l'équité peut en permettre sans blesser la justice. On ne saurait en dire ce que la loi romaine dit, en général, du *negotiorum gestor : Culpa est se immiscere rei ad se non pertinenti.*

259. — Nous avons vu que, quand les choses ne sont pas entières, celui qui a accepté une commission n'y peut

renoncer impunément, quelque préjudice qu'il éprouve à en demeurer chargé. Il en est de même s'il devient *gestor* par l'effet d'un cas fortuit ou d'un cas insolite. Toutefois, c'est uniquement lorsqu'il a commencé une gestion substituée à celle que l'accident a rendue impossible. Alors le commencement d'exécution lui impose les mêmes devoirs que s'il eût reçu un nouveau mandat : *In gestione negotii reputatur pro mandatario* (Casareg., Disc. 173, n° 75 ; — art. 1372 C. civ.).

Mais, si, lorsque le cas empêchant se présente, le commissionnaire doit éprouver un préjudice considérable dans l'entreprise d'une autre gestion que celle dont il s'était chargé, l'équité naturelle ne lui commande pas de l'entreprendre ; car l'impossibilité d'exécuter le mandat l'ayant délié de son obligation de mandataire, il peut, *salvâ fide*, préférer ses intérêts à ceux du commettant, se borner à lui donner avis, et à consigner la chose ou l'affaire.

260. — Après cette exposition des principes généraux, dont plusieurs régissent indistinctement toute sorte de commission, il reste à voir comment ses principes s'appliquent aux prescriptions quelconques auxquelles un mandat impératif peut être soumis, soit qu'on le considère comme ne contenant qu'un seul ordre, soit qu'on l'envisage comme en renfermant plusieurs indépendants les uns des autres quant à leur exécution, ou d'une exécution conditionnelle, selon qu'un événement est ou n'est pas déjà arrivé, ou que tel autre événement arrivera ou n'arrivera pas ; ou bien encore d'une exécution alternative (*alterutra*), qui dispense quelquefois, et quelquefois ne permet plus d'exécuter les uns, du moment que les autres ont été exécutés.

Les prescriptions relatives à l'exécution de ce qui est commandé, peuvent se résumer dans les points qui suivent :

1° La forme du contrat de commission, et les diverses manières d'en contracter les engagements ;

2° Les divers ordres sans connexité, et les divers ordres connexes dont le commissionnaire peut être chargé par un même mandat ;

3° Le lieu où le mandat doit être exécuté ;

4° Le prix fixé pour l'exécution ;

5° Le mode de remboursement du commissionnaire ;

6° Les conditions particulières qui sont ordonnées selon l'occurrence.

---

## § II.

APPLICATION AU MANDAT IMPÉRATIF DES PRINCIPES EXPOSÉS; DE LA FORME DU MANDAT CONSIDÉRÉ COMME N'AYANT QU'UN SEUL OBJET, ET DE SON EXÉCUTION CONFORME.

### SOMMAIRE

avec la condition révocatoire; mais sous un autre rapport celle-ci est l'inverse de l'autre; cette différence éclaircie par des exemples, puis expliquée par la nature du contrat de mandat.

267. En quoi la condition suspensive convient avec la condition dilatoire; exemple; différences entre l'une et l'autre, et quelles sont ces différences; on ne doit pas confondre les conditions du mandat avec les conditions des autres engagements contractuels.

268. Des conditions considérées dans leur accomplissement et dans leur inaccomplissement; en matière de mandat, inutilité de la distinction des auteurs entre la condition *positive* et la condition *négative*.

269. La condition révocatoire opère à l'instant même; son effet quant au remboursement des dépenses dont le mandat a pu être l'occasion.

270. La condition dilatoire se rapporte quelquefois à un temps déterminé par l'ordre, mais qui peut devenir déterminé; exemple.

271. Quelquefois elle se rapporte à un temps où l'ordre doit être exécuté, sans pouvoir l'être convenablement en deçà ni au delà de ce temps; exemple.

272. Souvent on fixe un temps conditionnel en deçà duquel l'ordre peut et doit être exécuté sans pouvoir l'être après; exemple.

273. Enfin l'exécution peut être ordonnée sous la condition que tel événement n'arrivera pas dans un temps que l'ordre ne détermine point; exemple.

274. Si le commettant peut faire dépendre de certaines conditions l'accomplissement du mandat, le commissionnaire peut aussi en apposer à son acceptation, et même y subordonner l'exécution; exemple; ces conditions une fois agréées font partie du contrat.

275. Une condition dilatoire peut aussi n'être que tacite, et résulter virtuellement de la volonté vraisemblable du commettant; c'est ce qui arrive dans les cas insolites; exemples divers.

276. La condition révocatoire peut être aussi sous-entendue en deux cas; quels sont ces cas; mais le propre de

cette condition est d'être tacite et d'opérer de plein droit.

277. Le terme peut aussi être préfini de deux manières : sous condition, ou sans condition; en quoi conviennent et diffèrent ces deux indications ; mais, la condition accomplie, leur effet est le même ; exemple d'un mandat à terme préfixe ; autre espèce où l'exécution tient à l'accomplissement d'une première condition, subsidiairement d'une seconde qui indique un terme, et subsidiairement encore en préfinit un autre.

278. En général, le commettant est libre de supprimer le terme, comme la condition, pour rendre l'exécution pure et simple ; réciproquement, il peut rendre l'exécution conditionnelle et à terme, de pure et simple qu'elle était; néanmoins, il faut que le commissionnaire n'en éprouve aucun dommage ; exemple.

279. Lorsque le contrat de commission commence par des offres de services, les offres peuvent exprimer des conditions et un terme, tout aussi bien que l'ordre donné spontanément par le commettant ; exemple, et différence entre l'espèce de cet exemple et celle du précédent.

261. — Il ne s'agit, quant à présent, que de l'affaire même qui est commise, considérée *in se*, c'est-à-dire par abstraction des clauses accessoires du contrat, et du mode prescrit ou permis pour l'exécuter.

Sous ce rapport, le mandat est indivisible. Le principe est donc que le commettant n'est pas tenu d'accepter une exécution partiellement conforme. Il faut qu'elle le soit entièrement, sinon tout ce qui a été fait peut être laissé pour compte du commissionnaire, sans qu'il y ait à distinguer entre ce qui est conforme et ce qui ne l'est pas. *Mandans non tenetur ratum habere id quod contrà formam mandati gestum fuit à mandatario*; *neque in eâ parte tantùm quæ esset conformis mandato, licèt excessus esset solùm in minimâ parte* (Casareg., Disc. 119, n^os^ 9, 10 et 11).

Ce principe est tout rationnel. En effet, lorsque le consentement réciproque a donné au mandat une forme fixe (*certam formam*), selon laquelle exclusivement la chose à faire devra ou pourra être faite, il est évident qu'il ne saurait y avoir d'exécution légitime que celle qui répond à cette forme exactement et en tous points. Sans cela, ce n'est pas la chose commise que le commissionnaire a faite, c'est quelque autre chose : *Aliud quid fecisse videtur.*

262. — A ce point de vue, il en est de l'exécution comme du mandat lui-même : elle peut être pure et simple ou conditionnelle ; elle peut aussi être à terme ou sans terme : *Mandatum et in diem differri et sub conditione contrahi potest* (L. 1, § 3, D., *Mand.*).

263. — L'exécution est pure et simple quand aucun terme ne lui est préfini, et qu'elle ne dépend d'aucune condition. Qu'un correspondant me mande de lui acheter telle marchandise, en telle quantité et à tel prix, je puis exécuter sur-le-champ, comme différer, sauf ce qui sera dit n° 264. L'ordre subsiste aussi longtemps qu'il n'est pas contremandé ou virtuellement révoqué, parce qu'il est de principe général que le commettant est présumé persévérer dans la commission qu'il a une fois donnée : *Mandans sive mercator præsumitur in eadem voluntate perseverare, et sic in eodem ordine et commissione alteri datâ* (Casareg., Disc. 119, n°s 32 et 33).

Mais une commission donnée de cette manière n'est, dans le commerce, qu'un accident assez rare. Il y aurait trop d'imprudence à se mettre ainsi à la merci d'un commissionnaire.

264. — Il arrive donc presque toujours que le terme

de l'exécution est déterminé, soit expressément dans l'ordre même, soit tacitement par le rapport de son objet avec les circonstances dans lesquelles il est donné. Or le terme virtuellement indiqué est l'équivalent d'une indication expresse : *sive expressum, sive tacitum, idem operatur.*

Par exemple, lorsque, me sachant chargé de la fourniture des bois de chauffage aux corps de garde du Morbihan, pour l'année 1861, vous acceptez mon ordre de m'en acheter 300 stères, il est évident que vous devez agir avant l'époque à laquelle les règlements prescrivent de distribuer les bois aux militaires. Il en serait de même si je vous mandais de m'expédier 2,000 quintaux de blé lorsque l'exportation en sera permise ; car c'est un principe certain qu'en acceptant un mandat dont le terme d'exécution est marqué par les circonstances, le commissionnaire est ou réputé les connaître, ou tenu de s'en informer.

Non-seulement le commissionnaire est tenu, dans ces cas et autres semblables, d'exécuter le mandat avant l'expiration du terme tacitement marqué par les circonstances; il est même de règle générale qu'il en doit procurer l'exécution *aussitôt que possible*, alors qu'aucun terme n'est indiqué expressément ou implicitement : *Mandatum statim ac potest debet exsequi per mandatarium; ideò mora statim committitur ex eo quòd quis habuerit facultatem agendi et non egit* (Casareg., Disc. 119, n° 15, et Disc. 53, n° 4). L'art. 801 du Code portugais porte aussi : « Le commissionnaire est obligé d'exécuter la « commission qui lui est confiée, aussitôt qu'il en a l'op- « portunité. S'il la diffère à un temps éloigné et illimité, il « répond des pertes et dommages : » *O commissario tem obrigaçâo de exequir a commissâo que lhe è commettida*

*apenas tenha opportunidade. Se a deferir para tempo remoto e illimitado, responde por perdas e damnos.*

Par exemple, vers la fin de décembre, je vous commets l'achat, au prix du cours, mais sans fixation de terme, de 500 kilog. de rocou, et vous ne les achetez que fin d'avril. Si j'établis qu'il a dépendu de vous de les obtenir à meilleur compte dans le temps intermédiaire, je ne puis, il est vrai, répudier l'achat, parce que, d'après le principe posé n° 263, mon ordre subsistait encore lorsque vous avez acheté; mais la marchandise m'est due au prix du cours le moins élevé; car, ayant tant fait que de ne pas exécuter sur-le-champ, vous deviez observer les fluctuations de la hausse et de la baisse, pour en profiter à mon bénéfice. Il y a donc eu retard préjudiciable, et c'est à vous d'en répondre : *Morâ mandatarii attentâ, omne damnum quod mandanti sequitur, per illum emendari debet* (Casareg., Disc. 53, n° 8).

Si, lors de la réception de mon mandat, quelques circonstances inattendues avaient élevé le cours d'une manière exorbitante, c'était le cas insolite sans concours avec l'urgence. Il fallait donc me renseigner, parce que l'exécution de l'ordre doit être suspendue quand elle ne peut avoir lieu qu'au préjudice évident de celui qui l'a donné, *quandò executio esset damnosa mandanti* (Casareg., Disc. 125, n° 22). Le cours n'avait-il éprouvé qu'une élévation qu'on ne pût pas dire extraordinaire, vous pouviez acheter, et je n'aurais pas droit de m'en plaindre, quelle que fût la baisse survenue depuis, parce que, par suite du principe que le commissionnaire doit agir *aussitôt que possible*, c'est un autre principe, à part le cas de dol, que sa diligence ne peut jamais lui nuire (Casareg., Disc. 13, n° 25).

265. — Souvent aussi l'exécution est conditionnelle, c'est-à-dire virtuellement contremandée d'avance en cas que tel événement ignoré du commettant, et qu'il suppose n'être pas arrivé, le soit cependant quand l'ordre parvient au commissionnaire, ou seulement différée tant qu'il reste incertain que tel événement dont dépend la condition arrivera ou n'arrivera pas. Ces événements sont donc des conditions *révocatoires*, ou des conditions *dilatoires*.

Nous les appelons ainsi afin de les distinguer de la condition *résolutoire* et de la condition *suspensive* mentionnées aux art. 1183 et 1184 du Code civil, avec lesquelles elles conviennent, et dont elles diffèrent sous certains rapports.

266. — Un caractère commun à la condition dilatoire et à la condition suspensive, c'est l'éventualité possible et, en même temps, incertaine de l'événement auquel la condition est soumise. Un événement présent, ou antérieurement accompli, ne peut être conditionnel que dans l'acception vulgaire et le sens le plus large du mot *condition*, *v. g.* : Vous vendrez mes savons si le 4e d'artillerie n'est point parti de Rennes. C'est comme si j'avais écrit, *à condition qu'il y soit encore;* en dernier résultat, comme si j'eusse dit : Tenez mon mandat comme non avenu, je l'abolis dès à présent si le régiment est parti. C'est évidemment le cas de la condition révocatoire.

Cependant la condition résolutoire convient avec notre condition révocatoire en ce que, quand cette dernière s'accomplit, elle emporte révocation du pouvoir, comme la condition résolutoire emporte révocation de l'obligation.

Mais, sous un autre aspect, la condition résolutoire est l'inverse de la condition révocatoire; car celle-ci implique

prohibition d'exécuter l'ordre, et l'autre n'empêche point que l'obligation ne s'exécute. Deux exemples vont éclaircir cette différence.

Lorsqu'en vous vendant mon magasin, je me réserve de résilier la vente si la guerre vient à éclater, le contrat est exécutoire *hic et nunc* de part et d'autre; je puis exiger le prix, vous le magasin. Seulement, le cas prévu arrivé, libre à moi de rentrer dans ma propriété, en vous rendant le prix et les intérêts que l'on compense ordinairement avec les fruits perçus. Tel est le principal effet de la condition résolutoire, et il en serait ainsi, *mutatis mutandis*, d'une foule d'autres contrats qu'on peut faire sous une condition de même nature.

Au contraire, lorsque informé de l'arrivée d'un navire apportant des sucres de Manille, et voulant spéculer sur la prime de réexportation, je vous mande de m'en acheter cinquante milliers, s'ils n'ont point subi un premier degré de raffinage; se trouve-t-il qu'on les a soumis à cette préparation, l'ordre est anéanti, et son exécution laisserait l'achat au compte du commissionnaire. Tels sont l'espèce et l'effet de la condition révocatoire. Elle a précisément la même force qu'une prohibition. C'est comme si j'avais dit : N'achetez pas des sucres qui aient subi un premier degré de raffinage.

Cette différence s'explique par celle des deux contrats. Dans la vente, l'obligation étant principale des deux côtés, ma volonté seule ne suffirait pas à résilier le contrat, si je n'y avais apposé une condition résolutoire; mais l'obligation du commissionnaire étant seule une obligation principale, le concours de sa volonté n'est nullement requis pour la révocation de son pouvoir. La condition résolutoire répugne donc à la nature du contrat de mandat. Il ne comporte que la condition révocatoire.

267. — De son côté, la condition suspensive convient avec notre condition dilatoire, en ce point que l'une et l'autre ont un effet suspensif. Je vous vends ma goëlette *la Junon*, 50,000 fr..... vous m'achèterez 200 sacs de café, première qualité..... si mon brick *le Neptune* arrive avant vous à la Martinique. Voilà deux contrats avec une même condition, dont l'effet est également de suspendre les obligations qui en peuvent naître.

Le contrat de vente existe en ce sens que nul de nous n'en peut discéder sans la volonté de l'autre; mais mon obligation de vous transférer la propriété de *la Junon* et votre engagement de m'en payer le prix sont *in statu pendenti.* Elles ne naîtront que si *le Neptune* arrive à la Martinique, et y arrive avant que vous y soyez rendu.

Le contrat de mandat existe aussi. Seulement l'obligation de l'exécuter reste suspendue jusqu'à vérification de l'événement dont dépend la condition; et pourtant avec cette différence que chacun de nous peut en discéder, vous, par une renonciation, moi, par une révocation.

Une autre différence encore, c'est que, si la condition s'accomplit, elle aura, quant à la vente, disent les auteurs, un effet rétroactif (1) au jour de la convention. Vous aurez donc été, à partir de ce jour, propriétaire de la chose vendue. Mais l'objet d'un mandat ne pouvant jamais être qu'une chose à faire, tout effet rétroactif répugne à l'essence de ce contrat. Le jour où la condition s'accomplit ne peut servir qu'à dater la naissance de l'obligation : *Mandatum concipi non potest quin in futurum tempus conferatur, sive dandi mandatum sit, sive faciendi* (Faber, *Ration.*, t. 5, p. 39, col. 2).

Une troisième différence entre la condition suspensive

(1) Voyez *infrà*, paragraphe 5, *in notis*.

et la condition dilatoire nous commande l'emploi exclusif de cette dernière expression. La condition suspensive peut dépendre d'un événement déjà réalisé, pourvu qu'il soit ignoré de toutes les parties. Alors la loi, faisant taire la logique, eu égard à la bonne foi des contractants et à la nature aléatoire de leur contrat, répute fictivement le fait non accompli au temps de la convention (art. 1181 C. civ.). Si, quand nous avons traité, croyant *le Neptune* en voyage, il eût déjà été en rade de Fort-de-France, la vente n'en serait pas moins parfaite. Pourquoi? parce qu'aucun de nous n'était plus obligé que l'autre de connaître cet événement. Le contrat d'assurance offre aussi des espèces analogues.

Il n'en peut être ainsi de l'obligation d'exécuter un mandat. La raison en est évidente. C'est qu'il est de l'essence de la condition dilatoire, comme de toute condition suspensive, non-seulement que l'événement dont on l'a fait dépendre soit un événement futur, mais en outre qu'il soit incertain. Or, un événement arrivé manque nécessairement de ce double caractère par rapport au commissionnaire. En effet, avant d'entreprendre l'exécution du mandat, ou il sait que l'événement s'est réalisé, ou il est réputé le savoir, tenu qu'il est de s'en assurer ; dès lors, relativement à lui, nulle fiction raisonnable qui puisse faire rentrer l'événement dans l'ordre des choses contingentes ou incertaines. Si donc le fait que le commettant ignore, et dont il a fait dépendre l'exécution du mandat, se trouve accompli quand l'ordre parvient au commissionnaire, ou vient à s'accomplir depuis, point de condition possible. L'exécution est pure et simple.

Par conséquent, lorsque je vous mande à Brest de me remettre le solde de mon compte-courant en traites que vous prendrez sur Nantes, si le cours entre les deux places

est au pair, il est sensible que, malgré son apparence conditionnelle, cet ordre ne contient en réalité aucune condition, quand, au moment où vous le recevez, le cours est au pair ou au-dessous. Ce que j'ignorais, vous le saviez ou avez dû le savoir. D'un autre côté, mon intention de profiter d'un change favorable ne pouvant être douteuse, et tout mandat devant s'exécuter *secundùm mentem mandantis*, c'est, dans l'espèce, comme si je vous avais écrit de me remettre sur-le-champ.

On voit par ce qui précède que le contrat de mandat peut, en effet, se former sous condition, ainsi que le dit la loi romaine : *Mandatum sub conditione contrahi potest.* Mais on voit, en même temps, que les conditions du mandat diffèrent essentiellement des conditions auxquelles peut être subordonnée l'exécution des autres engagements contractuels, et il était nécessaire d'en marquer la différence, pour prévenir toute confusion dans les principes et leur application.

268. — Après nous être fixés sur le caractère des conditions qui peuvent être apposées à un ordre, il reste à les considérer dans leur accomplissement et leur inaccomplissement.

La distinction que font les auteurs, entre la condition *positive* et la condition *négative*, est inutile dans notre spécialité; car, lorsqu'il s'agit de savoir si l'ordre subordonné à une condition dilatoire doit rester sans exécution, s'il doit être exécuté en tel temps, et s'il ne doit pas l'être avant ou après telle autre époque, il est très-indifférent que le commettant fasse dépendre la condition d'un événement qu'il suppose devoir arriver, ou d'un événement qu'il prévoit pouvoir n'arriver pas; et, s'il s'agit d'une condition révocatoire, il n'importe davantage que la ré-

vocation dépende d'un événement déjà arrivé, quand le commettant suppose qu'il ne l'est pas; ou d'un événement qu'il suppose devoir ou ne pouvoir se réaliser, quand il y a dès à présent certitude qu'il ne se réalisera point. Dans ces différents cas indistinctement, l'effet propre à chacune des conditions est toujours le même. Ces abstractions s'éclairciront tout à l'heure, chacune par un exemple.

269. — On a vu par les explications données touchant la condition révocatoire, qu'elle opère à l'instant même où l'ordre parvient à sa destination. En aucun temps cet ordre n'a dû être exécuté. Tout son effet se borne au remboursement des dépenses dont il aurait pu devenir l'occasion, comme si, par exemple, le commissionnaire avait fait quelque voyage pour s'assurer que l'événement s'était accompli.

270. — Quant à la condition dilatoire, elle se rapporte quelquefois à un temps indéterminé par l'ordre, mais qui sera déterminé par l'époque de l'arrivée de l'événement, si l'événement se réalise.

« Mon transport *le Chéri* est en destination pour votre « port. Dès qu'il arrivera, veuillez pourvoir aux répara- « tions. » Dans cet ordre le commettant suppose que son navire arrivera, mais il n'en peut être certain; c'est donc comme s'il eût écrit : Si mon transport *le Chéri* arrive, faites-le aussitôt réparer. L'ordre est conditionnel, et le commissionnaire ne peut faire réparer le navire nulle part ailleurs qu'au port indiqué; mais aucun temps n'est déterminé; il ne le sera que par l'accomplissement même de la condition, c'est-à-dire l'arrivée du transport, qui devra être réparé à quelque époque qu'il arrive.

271. — D'autres fois la condition se rapporte à un temps où l'ordre doit être exécuté, sans pouvoir l'être convenablement en deçà ni au delà de ce temps.

« Je suis inquiet de mon navire *le Neptune*, dont je « vous ai annoncé la consignation. Il devrait être entré dans « votre port. Si, dans les trois jours à dater de la récep- « tion de la présente, vous n'en avez pas eu de nouvelles, « faites-le assurer, perdu ou non perdu. »

Ces trois jours sont un temps pendant lequel le navire ne peut être assuré; mais il doit l'être dès le quatrième. S'il l'est plus tôt, et que, dans les trois jours, le navire arrive, l'assurance peut être laissée au compte du commissionnaire. L'est-il plus tard, par exemple, dans un temps où le commettant en connaissait la perte, ce qui rend nulle l'assurance, la valeur en est due par le commissionnaire, le retard supposé provenir de sa faute.

272. — Souvent aussi le commettant fixe un temps conditionnel en deçà duquel l'ordre peut et doit être exécuté sans pouvoir l'être après : « Si le trois-mâts *la* « *Belle-Poule* arrive en votre port dans la quinzaine de « la réception de cette lettre, je vous prie de l'affréter « pour mon compte. » Pendant toute la quinzaine, l'affrétement peut se faire; mais si le navire n'arrive que le seizième jour, le pouvoir expire, et avec lui l'obligation d'exécuter.

La raison pour laquelle le navire ne peut être affrété le seizième jour, ni postérieurement, tandis qu'il peut l'être chacun des quinze jours qui ont précédé, c'est que le mot *dans*, par son rapport avec les autres expressions de ma lettre, signifie un temps continu à chaque point duquel le mandat peut être convenablement exécuté : *intrà quindecim dies*.

Mais cette préposition *dans* peut aussi, par sa relation avec les autres termes d'un ordre, indiquer un temps avant lequel le mandat ne doit pas être exécuté : « Si, « dans huit jours à dater de celui-ci, votre tribunal de « commerce n'a pas déclaré Jacques en faillite, vendez « tout de suite les sucres que vous avez à moi. » Il est clair que, pour exécuter cet ordre, il faut attendre l'échéance de la huitaine. Mais, les huit jours passés, l'exécution doit avoir lieu, que Jacques ait été ou non depuis déclaré en faillite.

273. — Quelquefois enfin l'exécution est ordonnée sous la condition que tel événement n'arrivera pas dans un temps que l'ordre ne détermine point. Alors la condition ne s'accomplit que quand il est devenu certain que l'événement conditionnel ne peut plus se réaliser.

« Je conjecture que, cette année, il ne se fera pas « beaucoup d'expéditions pour *Terre-Neuve.* Si vos ar- « mateurs de Saint-Malo n'y envoient pas plus de sept ou « huit navires, veuillez me retenir un capitaine et de dix « à douze matelots. »

Dans cette espèce, l'événement reste incertain, et, par suite, l'exécution défendue, tant que la saison des départs n'est pas entièrement passée ; mais, si alors huit navires ne sont point partis, plus de délai ; la commission ne saurait trop promptement être exécutée. Toutefois, comme aucun temps subséquent n'est fixé ni prohibé, le commissionnaire peut agir à toute époque, sauf la responsabilité de droit en cas de négligence préjudiciable. (V. n° 264.)

274. — Au reste, le commettant n'est pas le seul qui puisse faire dépendre de certaines conditions l'accomplis-

sement du mandat. Le commissionnaire peut aussi en apposer à son acceptation, et même y subordonner l'exécution. « J'accepte volontiers la consignation de vos cam-
« phres de l'île Bourbon, si mon navire *l'Hercule* ne
« m'arrive pas du Japon avant le 1er mai prochain; mais
« je ne puis me charger de les vendre tractativement que
« si, dès avant la même époque, il n'en a pas été mis en
« vente sur notre marché par d'autres négociants. » Ces conditions une fois agréées par le commettant, elles font partie du contrat tout aussi bien que s'il les y eût apposées lui-même.

275. — Les diverses hypothèses que l'on vient de parcourir embrassent toutes les combinaisons du temps avec une condition dilatoire que le contrat exprime. Mais une condition de cette nature peut aussi être tacite, et résulter virtuellement de la volonté vraisemblable et présumée du commettant. C'est ce qui a lieu dans certains cas insolites.

Par exemple, sur le point de faire conduire mes douze chevaux de trait chez *Samuel*, qui m'a verbalement promis de les acheter à l'essai, vous apprenez qu'un autre marchand s'est trouvé dupe de la même confiance. Cette particularité, que j'ignore, doit vous faire présumer que, si je la connaissais, tout au moins suspendrais-je mon ordre jusqu'à vérification du fait, n'étant pas vraisemblable que je veuille risquer de perdre mes chevaux ou d'avoir des procès. Vous devez donc différer, quelque pressantes que fussent mes instructions, et m'informer, sans délai, de ce que vous avez appris, parce que je suis censé ne vous avoir donné l'ordre de faire conduire mes chevaux chez Samuel, qu'à condition que vous ne connussiez aucun risque à les lui confier.

Par exemple encore, croyant, sur la foi du *Moniteur*,

que la reine des Français et la reine des Belges doivent se rendre à Nantes, où elles séjourneront une semaine, pour aller ensuite assister à l'inauguration du magnifique pont de la Roche-Bernard, je vous ai commandé l'achat, sur la première de ces places, de tout ce que vous trouveriez d'étoffes de soie propres à faire des robes et des manteaux de cour; si vous avez eu à la préfecture connaissance d'une dépêche télégraphique annonçant que le voyage des deux reines est différé, vous devez aussi différer l'exécution de mon ordre. C'est encore le cas de la condition tacitement dilatoire; car il est de toute vraisemblance que, si je connaissais ce que vous savez, je prendrais au moins quelque temps pour délibérer avec moi-même sur le point de savoir si je dois courir les risques d'une spéculation fondée sur des conjectures qui perdent beaucoup de leur vraisemblance.

En un mot, la condition dilatoire est toujours sous-entendue pour le cas où, eu égard à quelque fait qu'il connaît, et qu'il a un juste sujet de croire inconnu du commettant, le commissionnaire doit raisonnablement penser que celui qui lui a donné l'ordre le révoquerait ou commanderait d'en différer l'exécution, s'il savait avoir spéculé sur une fausse supposition : *Suppositum ubi est falsum vel erroneum, quilibet actus vel dispositio cessat* (Casareg., Disc. 119, n° 44).

276. — Quant à la condition révocatoire, il est deux cas où elle est aussi toujours sous-entendue : d'abord, ainsi qu'on l'a dit n° 267, celui où l'événement est déjà arrivé quand le commettant croit ou suppose par erreur qu'il ne l'est pas; en second lieu, le cas où, lorsque le mandat devrait s'exécuter, son exécution serait contraire soit à la bonne foi, soit aux lois et règlements qui con-

cernent l'ordre public, comme si, par exemple, vous connaissez le sinistre d'un navire, ou l'incendie d'un magasin rempli de marchandises, dont l'assurance vous était commise; ou bien encore si le gouvernement venait de prohiber une denrée étrangère dont je vous avais commandé l'achat avant la prohibition.

Au reste, le propre de la condition révocatoire est de n'avoir jamais besoin qu'on l'exprime. Naturellement elle est tacite, et opère de plein droit; car, *v. g.*, quand je vous ai mandé de m'acheter dix tonneaux de tel vin, si *le Neptune* n'est point entré au port de Saint-Malo, que sert de vous en défendre l'achat pour le cas contraire? Or, n'y ayant aucune différence, quant à leur efficacité, entre la condition expresse et la condition tacite, du moment que celle-ci s'accomplit, le pouvoir est enlevé, et, rigoureusement parlant, on pourrait dire qu'il n'a jamais existé : *Mandatum sub conditione datum, sub conditione contrariâ censetur ademptum* (Casareg., Disc. 30, n° 9).

277. — Pour ce qui est du terme de l'exécution, le commettant peut aussi le préfinir de deux manières : sous condition, et sans condition.

Ces deux indications ont cela de commun, qu'en vertu de l'une l'exécution sera retardée tant que le terme ne sera pas arrivé, et suspendue en vertu de l'autre aussi longtemps que l'événement conditionnel, venant à s'accomplir, n'en aura pas déterminé l'époque. Toute la différence est donc celle qui existe entre le retardement et la suspension, c'est-à-dire entre la certitude dans le premier cas, et l'incertitude, dans le second, de la future exécution de l'ordre. Mais, la condition accomplie, l'effet des deux indications est absolument le même. Un double exemple va tout éclaircir.

J'écris, le 1er du mois : « Je présume que votre foire, « qui commence le 15 et finit le 30 du courant, sera « pourvue d'une grande provision de toiles de Quintin. Je « vous prie d'en acheter pour mon compte, le 25, telle « quantité de pièces, de telle dimension et de telle « qualité. »

Dans ce mandat à terme préfixe, il n'y a qu'un jour utile : c'est le 25. Ce jour-là, il est d'obligation d'acheter. On est en faute si on ne le fait pas ; on y est encore, si l'on achète plus tôt ou plus tard, et, dans ce double cas, le préjudice, s'il en existe, doit être réparé par le commissionnaire. Mais, dans l'ordre naturel des choses, l'exécution n'a rien d'incertain ; il suffit d'attendre.

« La vente des citrons apportés de Lisbonne par *le* « *Nestor*, capitaine David, commencera en votre ville le « 1er février prochain. Elle doit, d'après l'annonce, se « continuer cinq ou six jours consécutifs, et avoir lieu aux « enchères, par lots de vingt-cinq caisses. Veuillez en « acheter deux pour mon compte, et cela à tout prix, dès « que celui d'un lot se sera déclaré en baisse. A défaut de « baisse, remettez au lendemain, et, si la vente s'ouvre en « hausse du prix du dernier lot adjugé la veille, achetez, « coûte que coûte, tout le reste de la cargaison. »

Voilà un ordre qui appelle toute l'attention du commissionnaire.

D'abord, à la différence de celui qui précède, l'exécution en est incertaine ; car elle tient à l'accomplissement d'une première condition, et subsidiairement d'une seconde, qui indiquent un terme, et subsidiairement aussi en préfinissent un autre. Le commettant suppose qu'avant la fin du deuxième jour, les prix se déclareront probablement en baisse ; mais il prévoit en même temps la possibilité du contraire. L'achat ne doit donc être fait le

deuxième jour que si les prix fléchissent. Ce cas arrivant, non-seulement il faut acheter ce jour-là, mais il faut encore acheter aussitôt que l'adjudication d'un lot aura constaté une baisse. Avant ou après, l'ordre est mal exécuté, et, si préjudice en résulte, au commissionnaire d'en répondre.

Les prix ont-ils haussé, ou seulement se sont-ils soutenus, le terme est ajourné au lendemain, et l'exécution reste encore incertaine, puisqu'il faut que la vente commence par un prix plus élevé que celui de la fin de la dernière vacation, ce qu'on ne peut savoir qu'après l'adjudication du premier lot qui sera vendu le troisième jour. Mais, dès que cette adjudication aura constaté la hausse qui est l'événement dont dépend la condition, l'heure du terme a sonné, et tout ce qu'il reste à vendre doit désormais être acheté, à quelque prix que ce soit.

L'obligation est de rigueur, et l'inexécution entraîne responsabilité ; car, si le terme n'est pas de l'essence de la commission, il lui est, en général, consubstantiel, et particulièrement dans l'espèce, où il est facile de voir que le commettant attache de l'importance au moment précis où doit commencer l'exécution de son ordre : *Generalmente il tempo che viene prescritto per l'ezecuzione del mandato, o sia commissione, si deve precisamente osservare, essendo questo parte sostanziale et formiale del mandante* (Casareg., Disc. 119). Si donc après la hausse devenue certaine par l'adjudication du premier lot vendu le troisième jour, il en a été adjugé à des tiers, ne fût-ce qu'un seul autre, le commettant a l'option ou d'exiger l'indemnité, en cas de préjudice, ou même, comme on l'a vu nos 233, 267, de laisser tout l'achat pour compte du commissionnaire : *Mandatum est indivisibile.*

278. — En général, le commettant est libre de sup-

primer le terme comme la condition, pour rendre l'exécution pure et simple, et réciproquement de rendre l'exécution conditionnelle et à terme, de pure et simple qu'elle était auparavant; car, pouvant toujours révoquer le mandat, à plus forte raison peut-il le modifier.

Néanmoins, lorsque les choses ne sont plus entières, s'il use de cette faculté, il faut que le commissionnaire n'en souffre aucun dommage. Par exemple, lorsqu'en acceptant la consignation de vos morues avec pouvoir de les vendre dans les dix derniers jours de janvier, je vous ai fait une avance de 10,000 francs, vous ne pouvez m'ordonner de différer toute vente jusqu'à la mi-carême, sans me donner le droit d'exiger sur-le-champ et avec intérêt ce que je vous ai avancé. En vain diriez-vous que, nanti de la marchandise, je ne suis en risque d'aucune perte. Il suffit que je n'aie consenti à ne recouvrer mes avances par le produit de la vente, que jusqu'au 21 janvier inclusivement, pour que la convention sur le terme soit intéressée de part et d'autre. Il ne peut donc être déplacé sans le concours de ma volonté, qu'à charge par le commettant de remettre le tout en son premier état, et j'ai le droit de vendre dès le 22, si je ne suis auparavant réintégré dans mes avances. Il en serait de même si j'avais cautionné en douane, ou contracté pour vous, en exécution ou pour l'exécution du mandat, quelque autre obligation dont la décharge me serait due avant le 22 janvier; en un mot, chaque fois que le commissionnaire a, ou est réputé avoir, un intérêt appréciable à exécuter au terme primitivement convenu.

279. — Enfin quelquefois, ainsi qu'on l'a vu, t. 1er, n° 84, t. 2e, n° 156), le contrat de commission commence par des offres de services, et s'achève par leur accep-

tation. Or ces offres peuvent exprimer des conditions, et indiquer un terme, tout aussi bien que l'ordre lui-même, que le commettant aurait donné spontanément.

Pierre écrit à Jacques : « Informé que votre navire « *l'Épervier*, en retour de Saint-Domingue, doit arriver « en ce port, vers la fin de mars prochain, avec un charge- « ment de sucre, je vous prie de m'en confier la consigna- « tion, sur laquelle je vous ferai une avance de 40,000 fr., « le tout à condition que mon navire *le Vigilant*, parti de « la Martinique avec une cargaison de cafés, soit arrivé « ici avant le vôtre, et que, quelque chose que les jour- « naux puissent dire à l'occasion de la loi proposée sur « les sucres, je sois libre de vendre ceux de *l'Épervier*, le « quinzième jour après son entrée. »

Ces offres acceptées, et *le Vigilant* arrivé avant que *l'Épervier* ne le soit, la condition est accomplie, le contrat formé, l'avance exigible, et la vente ne peut, sans le consentement de Jacques, commencer avant le terme fixé. Si ce terme ne convient plus à Pierre, et qu'il désire vendre sur-le-champ, il a seulement la liberté de renoncer impunément au mandat, pourvu qu'il le fasse *rebus integris*, mais non le droit, comme on l'a dit dans l'exemple qui précède, d'exiger dès à présent le remboursement de ce qu'il a avancé, et voici la raison de la différence : c'est que l'acceptation d'une offre par le commettant est l'équivalent positif d'un ordre qu'il aurait donné *proprio motu*. Or, si Jacques eût le premier proposé la consignation à condition de lui faire une avance de 40,000 francs, et de vendre à telle époque, il serait évidemment réputé avoir stipulé en sa faveur la condition et le terme. Par conséquent Pierre ne peut rapprocher ce terme sans le consentement de Jacques. Dans le premier de nos deux exemples, c'est le commettant qui veut retarder le recouvre-

ment des avances; dans le second, le commissionnaire qui veut l'anticiper ; deux prétentions dont aucune ne peut être accueillie par le juge, sans violer une stipulation collatérale du mandat lui-même : *Conventio dat legem contractui.*

---

## § III

DES DIVERS ORDRES SANS CONNEXITÉ, ET DES DIVERS ORDRES CONNEXES DONT LE COMMISSIONNAIRE PEUT ÊTRE CHARGÉ PAR UN MÊME MANDAT.

### SOMMAIRE.

280. On n'a considéré jusqu'à présent que l'exécution d'un ordre simple; mais la commission est fort souvent complexe; sous ce point de vue, elle se diversifie principalement de trois manières : elle peut contenir des ordres qui, dans l'exécution, ne dépendent pas les uns des autres, ou dont l'exécution, quant aux uns, est dépendante et consécutive de l'exécution des autres, ou enfin dont les uns ne doivent être exécutés qu'à défaut de l'exécution des autres.
281. Exemple de deux ordres distincts dont le premier peut être exécuté sans que le second le soit, et *vice versâ*.
282. Exemple de deux ordres dont le second dépend tellement du premier que, si celui-ci n'est pas exécuté, l'autre ne le sera nécessairement pas; quand l'un est bien exécuté malgré l'inexécution de l'autre, et quand l'opération peut être laissée pour compte.
283. Lorsque les divers ordres d'un même mandat n'ont pour objet qu'une même opération, il existe ordinairement entre eux une telle connexité que l'inexécution en un seul point autorise à répudier le tout, et oblige le commissionnaire à réparer le préjudice; exemples divers.
284. Quand plusieurs choses indivisiblement liées entre elles

sont commandées par un même mandat, il peut se faire que le commettant limite le prix des unes sans limiter le prix des autres, ou qu'il limite le prix de toutes.

285. Espèce où le prix est limité pour l'un des objets du mandat, et ne l'est pas relativement à l'autre.

286. Espèce où le mandat limite le prix de quelques-unes des choses indivisibles qu'il commande, et s'en rapporte tacitement pour le prix des autres au cours de la place.

287. Espèce, toujours dans l'hypothèse d'ordres connexes, où une limite est fixée pour chaque opération; décision des Tribunaux d'équité d'Angleterre; arrêt de la Cour de Bruxelles; autre espèce où la connexité des ordres résulte des circonstances.

288. La commission peut aussi contenir deux mandats, dont l'un soit principal et l'autre subsidiaire, c'est-à-dire ne devant s'exécuter que si celui-là ne peut l'être; il peut même y avoir, par rapport au mandat principal, plusieurs mandats subsidiaires qui le soient aussi entre eux; exemple.

289. Souvent encore le mandat est alternatif, c'est-à-dire contient deux ou plusieurs ordres dont un seul doit être exécuté; il peut être alternatif de deux manières différentes.

290. Exemple de la première espèce de mandat alternatif, et seul cas où l'option du commissionnaire peut être fautive.

291. Euemple de la deuxième espèce de mandat alternatif; différence entre cette espèce et celle du nº 288; autre exemple, et différence entre l'espèce de cet exemple et celle du nº 290; observations.

280. — Dans tout ce que l'on a vu jusqu'à présent de relatif à l'exécution d'un ordre, on l'a supposé simple, c'est-à-dire n'ayant qu'un seul objet, afin de compliquer le moins possible l'exposition des principes fondamentaux.

Mais fort souvent la commission est complexe. Envisagée sous ce point de vue, elle se diversifie principalement de trois manières :

Elle peut contenir, en plus ou moins grand nombre, des ordres qui, dans l'exécution, ne dépendent nullement les uns des autres ;

Ou dont l'exécution, quant aux uns, est dépendante et consécutive de l'exécution des autres ;

Ou enfin dont les uns ne doivent être exécutés qu'à défaut de l'exécution des autres.

281. — Quelques exemples feront aisément saisir ces disparités, et l'effet de ces trois réunions de plusieurs ordres dans un seul mandat.

Une même commission me charge de l'armement d'un navire, et de la vente sur place d'un parti de marchandises. Il y a là deux ordres distincts, dont le premier peut être exécuté sans que le second le soit, et réciproquement : *Quandò mandata sunt diversa, et non correspectiva inter se, potest unum adimpleri sine alio aut divisim* (Casareg., Disc. 33, n° 61).

282. — Que, au contraire, vous chargiez Pierre de vendre vos vins, et d'en convertir le prix en eaux-de-vie. Voilà deux ordres dont le dernier dépend tellement du premier, que, si celui-ci n'est exécuté, l'autre ne le sera nécessairement pas. Supposez les vins vendus, et leur produit, au lieu d'être placé en eaux-de-vie, confié à Jacques, qui le dissipe. Il est évident que Pierre en répond. Cependant, bien que l'exécution du second ordre dépendît et eût dû être une conséquence de l'exécution du premier, celui-ci est bien exécuté nonobstant l'inexécution de l'autre ; car chaque ordre ayant eu son objet distinct, toute la faute consiste à n'avoir fait qu'une chose là où il en fallait faire deux. Pierre doit donc vos dommages-intérêts pour n'avoir pas acheté les spiritueux, et non pour avoir

vendu les vins, quelque perte que leur vente ait donnée.

Mais si, sans vendre les vins, il s'est avisé d'acheter eaux-de-vie, l'opération peut lui être laissée pour compte le commettant n'est même tenu d'en prendre aucune con naissance; en effet, le projet d'acheter les eaux-de-vie n'était du nombre de ses affaires qu'en tant que leur achat se fît avec le produit de la vente des vins. Or, cette vente n'ayant pas eu lieu, l'achat n'est le fait ni d'un mandataire, ni même d'un *negotiorum gestor;* c'est le cas d'un *negotiorum susceptor* au compte duquel la négociation reste, si on ne juge à propos de la ratifier : *Mandata, si duo sunt, unum tamen ab altero dependens, non potest exsequi secundum, nisi priùs adimpleatur primum à quo secundum dependet* (Casareg., Disc. 119, n° 73, et Disc. 33, n° 20).

283. — Mais lorsque les divers ordres que contient un mandat n'ont pour objet qu'une même opération, il existe ordinairement entre eux, sinon par la nature des choses, du moins par l'intention du commettant, selon laquelle il est de principe que le mandat doit être exécuté (V. n°s 232, 233), une connexité telle que l'inexécution en un seul point l'autorise à répudier tout ce qui a été fait par le commissionnaire, qui doit, en outre, réparer le préjudice.

Par exemple, lorsque, sur des bruits d'une guerre maritime dont je vous donne avis, et voulant profiter des premiers moments presque toujours les plus favorables aux corsaires, je vous mande de m'acheter tel bâtiment; de plus, six pièces de canon vendables en tel endroit, et, en outre, de me retenir un capitaine et douze bons matelots; si vous vous bornez à acheter les canons sans le navire, ou celui-ci sans les canons, ou les canons et le

navire sans former l'équipage, ou à en retenir un sans acheter le navire, il est évident que je puis laisser à votre compte celui de mes ordres que vous avez exécuté, l'exécution de tous étant nécessaire à celle de mon projet.

Il en serait de même, *v. g.*, si, après le partage d'une filature de cotons, et voulant me livrer à ce genre d'industrie, je vous mandais d'acheter l'usine échue dans le lot de Jacques, l'un des associés, et les mécaniques tombées dans celui de Salomon. Si tout n'est acheté, ce qui l'est vous reste pour compte.

Dans ces exemples, pas de prix limités. Il est donc difficile que le commissionnaire ait une excuse.

284. — Mais, quand plusieurs choses indivisiblement liées entre elles, soit de leur nature, soit en vertu de l'intention du commettant, sont commandées par un même mandat, il peut se faire qu'il limite le prix des unes, sans limiter celui des autres, ou qu'il limite le prix de toutes. L'exécution de tels ordres n'exige pas moins de prudence que d'attention.

285. — Supposez, par exemple, que l'ordre soit d'acheter amiablement l'usine de Jacques au prix limité de 40,000 fr., sans fixation d'aucun prix dans la partie du mandat relative aux mécaniques de Salomon. Le commissionnaire doit tout d'abord avoir la précaution de s'assurer le consentement de celui-ci, et de passer avec lui une police sous condition résolutoire, pour le cas où il ne pourrait obtenir l'usine au prix de 40,000 fr. S'il commençait par acheter l'usine, et qu'ensuite Salomon ne voulût vendre à aucun prix, il y aurait lieu à responsabilité, le commissionnaire n'ayant point agi avec l'habileté et la prudence qu'on était en droit d'attendre

de lui : *Spopondit industriam negotio gerendo parem.*

Il y aurait même lieu à responsabilité si, profitant de la faute commise, Salomon avait vendu à un prix excessif, car l'auteur de cette faute doit réparation du dommage qu'elle cause, lorsque surtout il est mandataire salarié : *Mandatarius cum provisione* (avec salaire) *tenetur de omni damno quod ex illius facto vel culpâ, etiam levissimâ, obvenit ejus mandanti* (Casareg., Disc. 36, n^os 2 et 21). Or, la réparation consisterait à mettre, à dire d'experts, l'excès du prix raisonnable à la charge de l'imprudent commissionnaire.

286. — Quelquefois aussi le commettant qui commande deux ou plusieurs choses indivisibles, limitera le prix des unes, et s'en rapportera tacitement, pour le prix des autres, au cours de la place où ses ordres doivent être exécutés. Alors il y a encore faute si le commissionnaire excède l'une ou l'autre limite, au préjudice du commettant. Mais, pour s'assurer si la responsabilité est encourue, et, au cas qu'elle le soit, pour en déterminer l'étendue, il faut considérer dans leur ensemble les différents résultats des diverses opérations.

J'ai l'ordre d'acheter pour votre compte des chanvres à un prix limité, et d'affréter pour le transport, mais point de limite quant au fret. La connexion est évidente, car, si je n'achète, quel besoin d'affréter ? Or il se trouve qu'au moment où l'ordre doit être exécuté, le cours du chanvre est à la baisse, et celui du fret à la hausse, mais le premier dans une progression moindre que le second. Dans cette occurrence perplexe, je dépasse le prix fixé pour l'achat, afin de gagner sur le fret dont le cours s'élève plus que ne baisse celui du chanvre. En pareil cas, il y aurait injustice à séparer l'affrétement de l'achat, pour

accepter l'un comme valable, et laisser à ma charge ce qui excède le prix limité pour l'autre. A la vérité j'aurais pu attendre et acheter au prix fixé; mais ce que j'ai payé au delà eût alors été dépassé par la surélévation du fret, et il y aurait eu perte là où il se trouve économie. Bien est vrai qu'en principe le mandataire chargé de deux mandats doit réparer le préjudice qu'il cause en excédant l'un, sans pouvoir s'appliquer le bénéfice qu'a procuré l'exécution de l'autre : *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet* (L. 20, D. *Mand.*). Mais nous ne sommes point dans l'espèce de cette loi, et l'équité ne permet pas que mon habileté à profiter de la variation inverse des deux cours, et à les combiner à l'avantage du commettant, puisse être pour moi une cause de dommage.

287. — Sans changer l'hypothèse de la connexion des ordres, l'espèce peut se présenter avec une limite fixée pour chaque opération.

Vous me chargez d'acheter 200 sacs de riz, au prix de.................................... fr. 25

Et d'affréter à 60 fr. pour chaque 1000 kilog. 60

fr. 85

| | | |
|---|---|---|
| J'achète le riz à fr.......... | 20 | 85 |
| Et je conviens du fret à...... | 65 | |
| Ou bien j'achète à fr........ | 20 | 95 |
| Et j'affrète à.............. | 75 | |
| Différence sur le fret............ | | fr. 15 |

Dans le premier cas, les fr. 5 épargnés sur le prix d'achat peuvent-ils être portés au compte du fret, en sorte que le mandat soit convenablement exécuté dans toutes ses parties? Ou bien le gain fait sur l'achat sera-t-il ac-

quis au commettant, en sorte que je doive supporter l'excédant du fret?

Au deuxième cas, dois-je supporter la différence des fr. 15 dont j'ai excédé le prix limité du fret? Ou bien puis-je compenser l'épargne faite sur l'achat avec l'excès sur le fret, en sorte qu'il ne reste à ma charge que 10 fr. au lieu de 15?

Dans cette double espèce, la raison de décider est la même que dans l'espèce du numéro précédent : c'est dans leur ensemble et dans leurs résultats qu'il faut considérer des opérations connexes qui tendent au même but et n'ont qu'un même objet.

Ainsi, dans le premier cas, l'exécution est irréprochable ; dans le second, il y a transgression, non de fr. 15, mais de 10 seulement, et c'est cette dernière somme, multipliée par le nombre de tonneaux, qui doit rester au compte du commissionnaire.

Telle est, en Angleterre, la décision des tribunaux d'équité (1) et de la loi 11, D., *De usur.*, statuant sur le cas très-analogue où l'administrateur des deniers d'une ville en a placé une partie à un intérêt inférieur, et le surplus, à un taux plus élevé, de manière que l'intérêt du tout atteigne le taux ordinaire.

Le contraire a cependant été jugé dans notre deuxième espèce, par la Cour supérieure de Bruxelles (V. Dalloz aîné, v° *Commissionnaire*, p. 752). Mais pourquoi? Parce que cette Cour a vu dans l'ordre d'acheter et dans celui d'affréter, deux mandats distincts, ayant chacun son objet particulier. Ce point de fait une fois admis, il était assez naturel d'y appliquer, comme on l'a fait par analogie,

(1) Paley, p. 31.

l'art. 1850 du Code civil (1), et la loi 23, D., *Pro socio : Lucrum contingens ex industriâ non compensatur cum damno contingente ex culpâ.* Mais l'erreur est dans l'appréciation du fait ; car il n'y a ici qu'un seul mandat, contenant, il est vrai, deux ordres, mais deux ordres connexes qui ne sont pas prescrits par le commettant comme fin d'une double opération, mais comme moyen d'une spéculation unique.

En effet, que voulait le commettant ? Payer seulement 85 fr. pour l'achat de chaque sac de riz et le fret de chaque 1000 kilog. Qu'a fait le commissionnaire ? Dans le premier cas, il n'a dépensé que la même somme, donc nul préjudice ; dans le second, il a excédé l'ordre, mais seulement de 10 fr. ; il est juste qu'il en supporte la perte, et rien de plus. Ainsi le prescrit l'équité : *In mandatis ut in cœteris contractibus qui sunt bonœ fidei, inspiciendum prœcipuè est quid actum sit... Quid iniquius est quàm si mandatario suum officium sit damnosum ?* (Faber, *Ration.*, t. 5, p. 34.)

Après tout, ce que l'équité décide, le droit le confirme, car l'égalité dans les conventions est aussi un princiqe: *Non est judicandum ad imparia.* Or, puisqu'à raison de l'indivisibilité des ordres, le commissionnaire qui en néglige un seul répond de l'entier préjudice, il est conséquent, en vertu de la même indivisibilité, que ce qu'il a gagné sur l'une des opérations vienne compenser ce qu'il a perdu sur l'autre, du moment surtout qu'à l'abri de toute perte, le commettant n'insiste que pour obtenir un lucre.

(1) « Chaque associé est tenu envers la société des dommages « qu'il lui a causés par sa faute, sans pouvoir compenser avec ces « dommages les profits que son industrie lui aurait procurés dans « d'autres affaires (1850 C. civ.). »

Lorsque la connexion des ordres n'est pas aussi évidente que dans les espèces rapportées, il faut examiner si elle ne résulte pas des termes du mandat, et des circonstances dans lesquelles il est donné.

« Je n'ai rien en caisse, et je dois payer 30,000 fr. fin « de ce mois. En vendant mes garances à 50 fr. et mes « savons à 30, vous pouvez me remettre ce qu'il faut « pour satisfaire à mes échéances. Veuillez donc vous oc« cuper promptement d'en trouver la défaite. »

Nulle connexion naturelle entre les deux sortes de marchandises dont aucune ne doit être vendue pour procurer la vente ou le transport de l'autre, etc.; mais il est facile de voir que la double vente est ordonnée dans le but de pourvoir à des besoins urgents, et qu'il ne m'importe en rien, pourvu que les marchandises consignées me rapportent 30,000 fr. ou davantage, que les garances soient vendues 10 p. 100 de plus, et les savons 10 p. 100 de moins, et réciproquement.

288. — On vient de voir comment une même commission peut contenir plusieurs ordres dont chacun forme un mandat distinct, et dont l'ensemble ne forme qu'un seul mandat, quoique l'exécution de celui-ci exige divers agissements. Mais souvent aussi la commission contient deux mandats dont l'un est le mandat principal, l'autre, le mandat subsidiaire, c'est-à-dire, ne devant être exécuté que si celui-là ne peut l'être. Il peut même y avoir, par rapport au mandat principal, plusieurs mandats subsidiaires qui le soient aussi respectivement entre eux.

« Vous me demandez que faire des 25,000 fr. qu'ont « produits mes sucres. Voyez si Jacques veut vendre à ce « prix sa goëlette *le Colibri;* au cas contraire, placez le « tout en médoc de 1832, pourvu qu'on n'exige pas plus

« de 600 fr. du tonneau. Si l'on en veut davantage, re- « mettez-moi du Paris, et, à défaut, du Rouen. »

L'achat de la goëlette est l'objet du mandat principal. Il faut donc, avant tout, s'assurer que ce mandat ne peut être exécuté selon la forme prescrite, c'est-à-dire, moyennant 25,000 fr. : *Mandatum dependens ab executione alterius mandati, requirit priùs verificationem illius à quo dependet, ut possit exerceri* (Casareg., Disc. 33, n° 20, et Disc. 119, n° 73). Le commissionnaire ne peut pas remettre du papier, s'il n'a vérifié l'impossibilité d'obtenir du médoc à 600 fr., ni, cette vérification faite, remettre sur Rouen, s'il lui est possible de remettre sur Paris. Rouen ne vient qu'en dernière ligne dans la série des ordres subsidiaires. Si donc le commissionnaire n'a pas observé cet ordre, il répond de la perte sur le change, et même de la perte totale des 25,000 fr. au cas que la traite sur Rouen ne soit pas payée : *Ordo mandatorum servandus est et regulariter, quod mandata sunt præcisè et in formâ specificâ observanda, et cum omnibus suis qualitatibus, ac conditionibus et modificationibus* (Casaregis, Disc. 119, n° 5).

289. — Assez souvent encore le mandat est *alternatif*, c'est-à-dire contient deux ordres (ou plusieurs) dont un seul doit être exécuté.

Mais la nature spéciale du contrat de mandat exige encore, en ce point, une distinction que ne comportent pas les autres engagements conventionnels.

Le mandat peut être alternatif de deux manières :

290. — Il peut l'être en ce sens que, dans le concours de deux ou plusieurs ordres, le commissionnaire est libre d'exécuter celui d'entre eux qu'il voudra préférer, et dé-

chargé de tous les autres par l'effet de cette exécution. C'est une espèce exactement analogue au cas prévu par l'art. 1189 du Code civil (1). *V. g.*, « le *Duguay-Trouin* « et le *Duperré* sont faits vendables en votre port. Veuil- « lez m'acheter un de ces deux navires. »

Cette commission sans prix limité emporte, si on l'accepte, obligation d'acheter. Mais l'obligation n'est pas plus d'acheter le *Duguay-Trouin* que le *Duperré*, et *vice versâ*. L'option est au commissionnaire, qui n'aura conséquemment point excédé son mandat, quel que soit celui des deux navires qu'il ait acheté : *In mandato collato ad liberum arbitrium mandatarii, nunquàm intrat quæstio excessûs mandati* (Casareg., Disc. 119, n° 17).

Sans doute il peut être plus utile aux intérêts du commettant, *in genere*, d'acheter le *Duperré* plutôt que le *Duguay-Trouin*, ou celui-ci de préférence à l'autre ; mais, comme l'ordre ne s'en explique ni expressément, ni virtuellement, le commissionnaire ne saurait être en faute pour n'avoir pas pénétré des intentions dont le commettant a voulu se réserver le secret. Par conséquent, eût-on acheté le *Duperré* 100,000 fr. quand il était possible d'obtenir le *Duguay-Trouin* à 50,000 fr., le mandat est bien exécuté.

Il n'est n'est qu'un seul cas où l'option du commissionnaire puisse être fautive : c'est quand il résulte de l'évidence du fait que le commettant ne la lui a laissée que par ignorance de l'état des choses, *v. g.*, persuadé que chacun des navires était propre à la navigation, tandis que l'un d'eux était, par exemple, déclaré innavigable.

(1) « Le débiteur d'une obligation alternative est libéré par la dé- « livrance de l'une des deux choses qui étaient comprises dans l'o- « bligation. »

Or rien, dans le mandat, ne permettant de croire qu'il ait pour objet l'achat d'un navire à démolir, l'option se trouve tacitement révoquée, en vertu de la règle *suppositum ubi est falsum*, etc. (V. n° 275). Si donc, abusant de l'ordre et contrairement à son esprit, le commissionnaire achète celui des deux navires qui n'est pas propre à la navigation, l'achat peut, à bon droit, lui être laissé pour compte, indépendamment des dommages-intérêts faute d'avoir acheté l'autre navire.

Telle est la première espèce du mandat alternatif.

291. — La seconde est celle-ci : c'est lorsque, dans le concours de deux ou plusieurs ordres, le choix de celui d'entre eux qui devra seul être exécuté, se trouve non pas remis au libre arbitre du commissionnaire, mais confié à son habileté et à sa prudence. Alors il y a responsabilité si l'exécution n'est pas faite *secundùm mentem mandantis*, au mieux des intétrêts du commettant.

« Votre honorée du 6 courant m'annonce que vous « tenez à ma disposition les 25,000 fr. de ma traite sur « David. Veuillez m'en remettre l'importance sur Paris, « Rouen ou le Havre. » Cet ordre ne veut pas dire que le commissionnaire soit libre de remettre sur celle qu'il voudra des trois places indiquées; il signifie virtuellement qu'on remettra sur celle dont le cours se trouvera m'être le plus favorable. C'est une conséquence du principe que l'ordre doit s'exécuter selon l'intention du commettant, laquelle n'a rien de douteux dans l'espèce, un ordre étant toujours limité par l'intérêt évident de celui qui le donne : *Jactare suum nemo præsumitur, quæ regula maximè procedit in mercatoribus qui solent esse diligentissimi circà eorum interesse* (Casareg., Disc. 199, n° 46).

On n'excuserait donc pas un commissionnaire qui remettrait sur Paris à 3 pour 100 de perte, quand les remises sur le Havre ou sur Rouen gagnaient un change, ou même était au pair.

Il n'en est pas de cette espèce comme de celle du n° 290. Une remise sur Paris à 3 pour 100 de perte, quand on pouvait me remettre sur Rouen avec gain d'un change, est pour moi une perte sèche, c'est-à-dire, une dépense qui n'a ni contre-valeur, ni compensation possible. Mais, si l'on m'achète *le Duperré* 100,000 fr., bien qu'on pût avoir *le Duguay-Trouin* à 50,000 fr., l'ordre sainement apprécié, je n'éprouve aucun préjudice, la compensation du surcroît de dépense se trouvant dans la plus-value du navire acheté sur le navire qui ne l'a pas été. Si je voulais celui des deux qui coûterait le moins, il fallait m'en expliquer.

« Me proposant de faire, l'an prochain, la pêche des « cétacés, et ayant ouï dire que deux navires seront bien- « tôt mis en vente dans notre port, *le Duguay-Trouin* et « *le Duperré*, je vous prie d'acheter l'un des deux pour « mon compte. Je m'en rapporte à vous pour le prix et « la convenance. En ce genre d'affaires, il faut viser au « mieux. »

Cet ordre est encore très-différent de celui rapporté n° 290. Il est bien alternatif en ce sens que, si on achète, il ne faut acheter que *le Duperré* ou *le Duguay-Trouin*. L'achat de tout autre navire serait le cas d'un *negotiorum susceptor*. Mais l'ordre énonçant l'intention dans laquelle il est donné, cet ordre se trouve tacitement soumis à la condition révocatoire, pour le cas où aucun des deux navires inconnus du commettant ne serait propre au but qu'il se propose. C'est donc de quoi le commissionnaire doit s'assurer avant tout.

Se trouve-t-il qu'un seul des deux navires convient à la pêche des cétacés, voilà le seul qu'il soit permis d'acheter, et c'est même une obligation de rigueur, l'autre navire fût-il beaucoup plus beau, et à bien meilleur compte.

Que si tous deux conviennent, mais l'un plus que l'autre, *v. g.*, *le Duguay-Trouin*, c'est de celui-ci qu'il faut traiter, sinon l'ordre est mal exécuté. Les dernières expressions de cet ordre ne laissent aucun doute à ce sujet. Le mandat n'est *ad liberum arbitrium*, que si les deux navires sont également convenables.

Mais, comme l'exécution d'un tel mandat exige des connaissances spéciales et pratiques que le commissionnaire n'a peut-être pas, ou dont il peut craindre de n'être pas suffisamment pourvu, il lui est permis de faire visiter les navires par gens à ce connaisseurs. Le mandat qu'il leur donne est tacitement compris dans celui qu'il a reçu, parce que, *de consuetudine*, il n'est pour ainsi dire pas d'armateur qui ne prenne pour lui-même la précaution qu'on vient d'indiquer : *Mandata mercatorum tacitè comprehendunt omnia alia mandata necessaria ad causam principalem perficiendam, et ad peragendum id quod juxtà eorum stylum fieri solet* (Casareg., Disc. 39, n° 3; Disc. 198, n° 31, *et passim*). Si donc le commissionnaire s'est conformé à l'avis d'un ou plusieurs experts justement accrédités, *quidquid evenerit*, l'exécution est irréprochable. C'est en ce sens qu'on peut exactement dire que le mandataire est exempt de toute faute, quand il a géré l'affaire commise comme il eût géré la sienne propre : *Mandatarius caret omni culpâ quandò de rebus mandantis disposuit non secùs ac de suis, et pariter si fecit id quod alii prudentes mercatores fecissent* (Casareg., Disc. 36, n°s 13 et 32).

Mais, par cela même qu'il lui était libre de s'aider de conseils, le commissionnaire répond de tout, s'il a eu la présomption de s'en rapporter à lui seul. C'est alors le cas de la règle : *Spopondit industriam negotio gerendo parem.*

---

## § IV.

### DU LIEU OU LE MANDAT DOIT ÊTRE EXÉCUTÉ.

SOMMAIRE.

292. Le lieu où le mandat doit s'exécuter a son importance.
293. C'est par l'usage de ce lieu que sont réglés, à défaut de convention, les droits du commissionnaire.
294. C'est encore par le même usage que l'on décide si tel fait ou telle omission est faute ou ne l'est pas dans le silence du mandat.
295. En outre, le lieu de l'exécution sert à juger de la foi due à certains actes.
296. Enfin, ce même lieu, une fois convenu, est partie substantielle du contrat, et ce principe n'est pas moins conforme au droit qu'à l'équité et à l'intérêt du commerce; preuve et exemples divers.

292. — Sans parler des règles de compétence qui sont en dehors de notre sujet, le lieu de l'exécution est d'une grande influence sur les droits et les devoirs de celui qui est chargé d'un mandat, et sur le jugement auquel sa gestion peut être soumise.

293. — D'abord, ainsi qu'on l'a vu (*suprà*, n° 73), c'est selon l'usage de ce lieu, à moins que le contrat ne

s'en explique autrement, que doivent être réglés les droits du commissionnaire.

294. — Secondement, lorsqu'il s'agit de décider si tel fait ou telle omission est faute ou ne l'est pas, dans le silence du contrat, c'est encore d'après le même usage que la question doit être résolue : *Mandatarius culpa redargui non potest si, in negotio sui principalis operatus sit secundùm stylum mercatorum, nec tenetur plus agere quàm quod ab aliis mercatoribus in loco ubi exsequitur mandatum, observatum est* (Casareg., Disc. 176, n^os 43 et 44, et Disc. 224, n° 18).

295. — En outre, si, pour la justification de son compte ou de ses agissements, le commissionnaire est obligé de produire quelques actes ou pièces, tels que protêts, bordereaux de courtiers, etc., on juge de la foi qui leur est due, par celle qu'ils obtiennent dans le pays où ils ont été dressés : *In his quæ respiciunt probationem, attenditur locus ubi scriptura celebrata fuit, ubicùmque postmodùm ea exhibeatur* (Casareg., Disc. 166, n° 35).

296. — Enfin, le lieu de l'exécution une fois convenu, ce lieu est une partie tellement substantielle du contrat, que l'exécuter ailleurs c'est se rendre *negotiorum susceptor*, c'est-à-dire s'exposer au risque d'être arbitrairement désapprouvé. Le principe n'est pas moins conforme au droit quà l'équité, et l'intérêt du commerce en exige la stricte observation.

Le principe est conforme au droit ; car, en droit, à moins d'empêchement provenu d'un cas fortuit ou d'un cas insolite, tout mandataire est tenu de faire ce qu'il a promis, et comme il l'a promis, sans pouvoir se porter

juge de l'utilité de sa promesse : *Quisque tenetur adimplere quod promisit, licèt dubitari possit an profuturum sit* (Casareg., Disc. 23, n° 47).

Le principe est conforme à l'équité et à l'intérêt du commerce ; car, en donnant un ordre et en fixant le lieu de son exécution, le négociant est réputé mû par des considérations qui l'intéressent. Il n'en doit compte à personne ; peut-être même est-ce sur leur secret qu'il a fondé l'espoir du succès de sa spéculation. Si donc je stipule que mon mandat sera exécuté dans tel lieu que je désigne, la présomption est que son exécution en un autre lieu ne m'est pas indifférente. Quelquefois la confiance placée dans le commissionnaire est relative à celle qu'il inspire dans la localité. Il y est connu, il en connaît les usages, double motif pour croire qu'il pourra traiter aux meilleures conditions possibles. Je puis penser encore que ma négociation sera faite avec plus de sécurité sur telle place que sur toute autre, soit parce que je connais la probité et la solvabilité des négociants de cette place (1), soit parce qu'il m'importe de lever mes marchandises dans telle manufacture plutôt que dans telle autre. En un mot,

(1) Rien ne contribue plus à l'honneur et à la prospérité d'une place de commerce, que la réputation d'être esclave de la bonne foi et fidèle à ses engagements.

« Jules-César, dit saint Jean-Chrysostome, ayant fait la loi que « les Romains appelaient *novas tabulas*, par laquelle on pouvait « s'exempter de payer ses dettes, les Rhodiens ne voulurent point « s'en servir, estimant par là leur crédit et honneur offensé et « souillé, s'ils l'avaient reçue. » (V. *Consulat de la mer*, Boucher, t. 1, p. 245.)

La loi de César, dont il parle lui-même, *De bello civili, lib.* 3, *cap.* 1, n'avait pas toute la portée que saint Chrysostome lui attribue. Elle permit seulement aux débiteurs de se libérer suivant l'estimation de leurs biens, eu égard à leur valeur avant la guerre ;

une foule de circonstances peuvent avoir déterminé mon choix ; mais, quels qu'en soient les motifs, dès qu'il est convenu que l'exécution sera faite dans un lieu désigné, *nihil actum dicitur,* si elle l'a été dans un autre endroit.

Par conséquent, lorsque je vous écris d'acheter pour mon compte 25 pièces $\frac{3}{6}$ au marché de Béziers, le 3 août, vous ne pouvez m'appliquer des esprits achetés sur une autre place. Inutilement allégueriez-vous, offririez-vous même de vérifier par experts que les esprits expédiés ne sont pas inférieurs à ceux que j'avais demandés. Je pourrais répondre que mes consommateurs n'en veulent pas d'autres, que la place de Béziers est celle dont les vérifications nous inspirent le plus de confiance, etc. Mais je n'ai que faire d'entrer dans tous ces détails. Il me suffit de dire : J'ai voulu des $\frac{3}{6}$ pris et vérifiés à Béziers, et je ne vous dois pas compte des motifs de ma volonté. Sont-ils de Béziers, ou n'en sont-ils pas ? Voilà toute la question : *Mandatum non dicitur executum, si qualitates non sint observatæ* ( Rot. Gen., Dec. 96, n° 13 ).

S'agit-il de vendre, le danger n'est pas moindre ; il peut même quelquefois être beaucoup plus grave. Par exemple, si, sans nécessité, vous envoyez à Rouen, pour y être vendues, des marchandises qui vous sont consignées avec ordre de les vendre à Nantes, votre position est celle-ci : d'abord, en cas de succès, vous n'en profitez pas, ou du moins vous ne profitez que d'un léger surcroît de commission : *Ex mandato apud mandatarium nihil remanere oportet.*

mais tout ce qui avait été payé à titre d'intérêts fut compté en diminution du capital lui-même, ce qui, au rapport de Suétone, le réduisit d'environ 25 p. 100.

Les Rhodiens ne voulurent pas profiter de cette réduction, bien qu'on la leur fît subir. C'était entendre parfaitement le crédit commercial.

Si la vente a produit à Rouen moins qu'elle n'eût rapporté à Nantes, vous devez la différence, sans pouvoir en défalquer les frais d'un transport que le commettant n'avait pas autorisé.

Si la marchandise a éprouvé en route des avaries, ou que le cours s'en soit déprécié à Nantes pendant le voyage, vous devez encore la différence ; mais, si elles ont péri par cas fortuit, vous en devez la valeur tout entière, calculée sur le cours le plus élevé à Nantes, depuis le jour où il a dépendu de vous de les y vendre, jusqu'à celui de leur destruction.

Par la même raison, quand je vous commets sur la place de Saint-Malo une assurance que vous faites faire à Nantes, et que les assureurs tombent en faillite, vous me devez la valeur du navire qui s'est perdu. C'est une conséquence du principe posé n° 179 : *Casus fortuitus non excusat quando eum præcessit culpa.* Or il y a toujours faute à s'écarter spontanément de la forme du mandat, dans quelque intention qu'on ait commis cet excès : *Non attenditur animus facientis, sed ipsum factum.*

## § V.

DU PRIX FIXÉ POUR L'EXÉCUTION DU MANDAT, ET DES EFFETS QUE PRODUIT EN CE POINT LA TRANSGRESSION DES ORDRES DU MANDANT.

### SOMMAIRE.

297. Il y a, quant au prix, deux manières d'excéder le mandat : l'une volontaire, l'autre déterminée par les circonstances.

298. De l'excès volontaire ; il en est du prix comme du terme et du lieu : *est pretium de formâ mandati;* une différence, néanmoins, existe ; en quoi elle consiste.

299. L'excès dans le prix est un cas de responsabilité; mais, dans l'application, on doit distinguer entre le mandat pour acheter et le mandat pour payer.

300. Dans le mandat pour acheter deux cas se présentent : celui où le commissionnaire, ne pouvant acheter au prix limité, achète à un prix supérieur; celui où, pouvant acheter au prix limité ou au-dessous, il dépasse la limite prescrite.

301. Au premier cas, le commettant n'est pas tenu de se livrer, du moins au prix d'achat, et il n'importe que le commissionnaire ait agi sous son propre nom ou sous celui de son mandant.

302. Néanmoins le commettant est tenu de se livrer de la marchandise, si elle lui est offerte au prix qu'il a fixé ; mais il n'a pas le droit de l'exiger à moindre prix que celui de l'achat.

303. Ces deux hypothèses sont dans l'espèce de deux lois romaines; écoles des Sabiniens et des Proculéiens; système et raisonnement de chacune de ces écoles; le sentiment des Proculéiens a prévalu.

304. Dans le deuxième cas, c'est-à-dire lorsque, pouvant acheter dans les limites du mandat, le commissionnaire achète à un prix plus élevé, il y a faute; il doit la chose au prix coté; il peut même la devoir à un prix moindre; exemple; mais s'il offre la marchandise au prix auquel il aurait dû l'acheter, elle ne peut être refusée ni en équité, ni en droit.

305. Les règles ci-dessus exposées sont applicables aux transactions analogues; l'analogie existe chaque fois que l'effet du contrat passé par le commissionnaire est d'obliger le commettant à payer quelque somme, exemple; l'analogie n'exige pas toujours que le commettant doive certainement payer; il suffit qu'il y soit éventuellement obligé; exemple.

306. Quand il y a ou non excès du prix dans l'espèce d'un mandat qui contient plusieurs ordres; renvoi.

307. Du prix limité dans le mandat pour vendre; parité à peu près exacte, quant aux limites du prix, entre les devoirs du commissionnaire pour vendre et ceux du commissionnaire pour acheter.

308. Néanmoins la position du premier n'est pas toujours la même que celle du second; l'un peut avoir promis d'avancer le prix, et l'autre avoir fait des avances.

309. Le commissionnaire qui a promis d'avancer le prix commet une faute en achetant au delà du prix fixé; conséquences.

310. Mais le commissionnaire qui fait une avance sur des marchandises à lui consignées ne commet aucune faute, s'il lui est impossible de trouver le prix fixé; à raison de la nécessité de rentrer dans cette avance, elles peuvent être vendues à plus bas prix avec certaines précautions; renvoi au paragraphe 6 pour le remboursement des avances.

311. En pareille occurrence, et pour éviter toute contestation, un commissionnaire prudent n'accepte la limite du prix

que pour un temps déterminé, avec réserve de vendre au mieux des intérêts; passage de M. Vincens; la distinction de cet auteur est juste; en quoi il se trompe.

312. Lorsque le mandat à prix déterminé est donné dans l'unique but de revendre ou de réaliser, il est rare que l'excédant ne puisse pas être mis à la charge du commissionnaire; mais le commissionnaire peut être placé dans une position différente, quand le commettant fait acheter ou vendre pour remplir des engagements antérieurs; le commissionnaire qui ne peut exécuter le mandat au prix fixé, devient en l'excédant *negotiorum gestor;* sa gestion est alors approuvée dans la juste mesure de son utilité; exemple.

313. Comment Baldus établit les qualités essentielles d'une gestion irréprochable, entreprise dans l'impossibilité de remplir le mandat pour le prix fixé; application de ces conditions à l'espèce précédente.

314. Ce n'est toutefois que quand la gestion est utile, et dans la mesure de cette utilité, que le maître peut être tenu des engagements contractés par le *negotiorum gestor;* pourquoi.

315. *Quid juris* si la marchandise achetée plus cher que le prix porté au mandat vient à périr par cas fortuit? une distinction doit être faite.

316. Si l'éloignement et l'urgence ne permettent pas de consulter le commettant, la gestion est irréprochable, et l'on juge de son utilité eu égard au temps où elle a été entreprise.

317. Mais si, pouvant consulter le commettant, le commissionnaire excède le prix porté au mandat, c'est pour son compte que la marchandise périt; raison de ce principe.

318. Le cas du *negotiorum gestor* par excès de la limite du prix, peut aussi se présenter dans la commission pour vendre : 1° lorsque la marchandise se détériore par son vice propre ou par accident, alors la vente peut être faite au-dessous du prix fixé; 2° lorsque, par des renseignements positifs, le commissionnaire sait l'approche d'un mouvement de baisse; mais il doit renseigner le com-

mettant et le consulter, à moins qu'il n'y ait urgence.

319. Quand le commettant fait vendre dans le but de remplir de précédentes obligations, le commissionnaire ne peut, *proprio motu*, abaisser le prix fixé; néanmoins, en certains cas, sa gestion peut être irréprochable; exemple.

320. En général, de toutes stipulations qui entrent dans la forme du mandat d'acheter, ou du mandat de vendre, la plus importante est celle qui concerne le prix; il y a faute dès que le commissionnaire s'en écarte, à moins qu'il ne justifie d'un juste empêchement d'exécution; à lui la preuve; cette preuve faite, sa gestion est appréciée par la bonne foi et l'équité.

321. Ces principes sont proclamés par M. Merlin, dans ses *Questions de droit*.

297. — On conçoit, quant au prix, deux manières d'excéder le mandat:

L'une délibérée, purement volontaire;

L'autre déterminée par l'impossibilité d'exécuter l'ordre pour le prix qu'il porte.

298. — Occupons-nons d'abord de l'excès volontaire.

Qu'il soit question d'un achat ou qu'il s'agisse d'une vente; qu'il s'agisse même d'un affrétement, d'une assurance, de la négociation d'effets commerçables, etc., en un mot, d'un contrat quelconque, se résumant en une somme que le commettant devra recevoir ou payer soit en argent, soit en valeurs qui représentent de l'argent, il en est du prix comme du terme et du lieu: *Pretium est de formâ mandati* (Casareg., Disc. 179, n° 67). La stipulation est de rigueur.

Cependant une différence existe: hors du temps prescrit, le mandat est mal exécuté: *Mandatum factum in termino, non potest exsequi antè nec post* (Rot. Gen. Dec. 2, n° 35); et ce qui est vrai du terme, ne l'est pas moins

du lieu. Mais vendez plus cher, achetez à meilleur compte que le prix limité, l'exécution sera parfaite. C'est pour ces cas seulement et autres analogues qu'est faite cette maxime de Casaregis : *Mandatarius potest excedere fines mandati, in majorem mandantis utilitatem* ( Disc. 119, n° 67 ).

Il eût été plus exact de dire qu'une telle déviation ne constitue nul excès ; car, si je vous écris de vendre mes blés à 25 fr. le quintal, et de m'acheter de tels vins à 500 fr. le tonneau, tout mandat devant être exécuté *secundùm mentem mandantis*, il est naturellement sous-entendu que vous achèterez moins cher, et vendrez à plus haut prix (1), si vous en avez la possibilité.

299. — Quelque chose qu'il en soit, généralement parlant, l'excès inverse est un cas de responsabilité, mais l'application de cette responsabilité exige que l'on distingue entre le mandat pour acheter et le mandat pour vendre.

300. — Dans l'espèce d'un achat, deux cas peuvent se présenter :

1° Celui où le commissionnaire, ne trouvant point la marchandise au prix limité par le mandat, l'a cependant achetée, mais à un prix supérieur ;

2° Celui où il a encore dépassé la limite prescrite, mais pouvant acheter au prix limité, ou même au-dessous.

301. — Au premier cas, le commettant n'est pas

(1) C'est l'espèce de la loi 5, § 5, D. *Mand. Si quùm tibi mandàssem ut Stichum decem emeres, tu eum minoris emeris vel tantidem, et ut aliud quicquam servo accederet; utroque enim casu, aut non ultrà pretium, aut intrà pretium fecisti.*

tenu de se livrer de la chose achetée, ou du moins de s'en livrer au prix qu'elle coûte. La raison en est que, pour un commerçant, c'est-à-dire, par rapport à celui qui achète pour revendre, le prix s'incorpore à la marchandise (1), et en devient une partie substantielle. Il s'ensuit que, si je vous ai mandé de m'acheter vingt balles de laine à 400 fr. l'une, et que vous les ayez achetées à 500, ces laines ne sont pas la chose que j'ai commandée ; elles sont une autre chose qui ne concorde point avec ma spéculation : *Aliud quid fecisse videris.* Je suis donc très-libre de ne point approuver l'opération. Mais, comme l'espèce suppose que vous prouvez n'avoir pu vous procurer les laines au prix de 400 fr., ne m'ayant fait aucun tort, vous ne me devez pas de dommages-intérêts, à moins que votre négligence à me renseigner sur l'empêchement, n'ait été pour moi la cause de quelque préjudice. Avez-vous agi en votre propre nom, tout se borne, de ma part, à laisser l'affaire pour votre compte. Si c'est dans mon nom que vous avez traité, je n'ai d'obligation ni envers vous, ni envers le vendeur : envers vous, parce que votre gestion n'est pas celle du mandat que je vous ai donné ; envers le vendeur, parce que le mandant n'est réputé contracter avec les tiers par le ministère de son mandataire, qu'au-

(1) Si j'achète du drap pour me faire un habit, le prix qu'il me coûte ne doit pas me faire retour. Ce n'est donc qu'avant le payement que le prix importe au consommateur. Une fois la chose payée, il n'a aucun intérêt appréciable à ce que cette chose vaille plus ou moins. Mais 100 mètres de drap sont, dans le magasin d'un marchand, ce qu'une lettre de change est dans le portefeuille d'un banquier. Cette marchandise lui représente non-seulement le prix qu'elle coûte, mais de plus le profit espéré. Un mètre de drap à 5 fr. et un mètre du même drap à 4 fr. sont donc pour ce marchand deux choses différentes, bien qu'elles soient, *in se*, matériellement identiques.

tant que celui-ci se renferme dans les bornes de son pouvoir. Ces tiers sont en faute, ou pour n'avoir pas pris connaissance de l'ordre, ou pour s'être sciemment prêtés à sa violation ; dans les deux cas, s'ils souffrent préjudice, ce n'est qu'à eux-mêmes qu'ils peuvent l'imputer (1). Ces observations s'appliquent à tous les cas où le commissionnaire agit dans le nom du commettant, en quelque négociation que ce soit.

302. — Néanmoins, lorsque de votre part, ou, le cas échéant, de la part du tiers vendeur, la marchandise m'est offerte au prix que j'avais fixé, je suis tenu de m'en livrer, parce que, déchargée de l'excès que je n'approuve pas, cette marchandise redevient précisément la chose que j'ai voulue, et qu'ainsi le mandat se trouve bien exécuté.

Mais, de ce que je puis être forcé à la prendre, pour le prix que j'avais fixé, il ne suit nullement que j'aie droit de l'exiger à moindre prix que celui de l'achat; car, c'est dans l'impossibilité de faire la chose commandée, que vous en avez fait une autre pour moi, *meî contemplatione*. C'est donc le cas d'un *negotiorum susceptor* dont le contrat ne peut, contre son gré, être accepté pour une partie, et désapprouvé dans une autre. Par conséquent, si j'exige la marchandise, il me faut la payer ce qu'elle coûte, encore êtes-vous maître de la garder si vous avez retiré vos

(1) Non tantùm in culpâ est mandatarius qui mandati fines excedit, sed et is qui cum ipso contrahit. Nec enim tam facilis esse debuit ad credendum mandatum cujus exhibitionem postulare potuit ac debuit, ut ejus formam intelligeret et sciret an mandati fines excedere mandatarius vellet. Ergò si nimis credulus fuerit, et quasi cum vero procuratore mandati fines non excedente contraxerit, sibi debet imputare; nec damnum videtur sentire quod ex suâ culpâ sentit (Faber, *Ration.*, t. 5, p. 6).

offres avant de connaître ma ratification (V. *suprà*, n° 140).

303. — Nos deux dernières hypothèses sont dans l'espèce de la loi 3, § fin., et de la loi 4, D., *Mand. : Si ego pretium statui, tuque pluris emisti, quidam negaverunt te mandati habere actionem, etiamsi paratus esses id quod excedit remittere ; namque iniquum est* (il répugne à l'égalité) *non esse mihi cum illo actionem si nolit, illi verò si velit mecum esse. Sed Proculus rectè eum usque ad pretium statutum acturum existimat; quæ sententia sanè benignior est.* Cette loi suppose que la chose n'a pu être obtenue au prix porté par le mandat ; et, dans cette supposition, le législateur statue que le mandant peut être contraint à prendre la chose au prix qu'il avait fixé, si le mandataire se charge du surplus; mais que, si celui-ci ne veut pas faire cette remise, le mandant ne peut exiger la chose qu'en offrant de la payer tout ce qu'elle a coûté. C'est exactement la doctrine qu'on vient d'exposer. Il semble que la justice dont elle est empreinte doit frapper tous les esprits, et pourtant elle a divisé deux célèbres écoles de l'antiquité.

Dès que le mandataire prend à sa charge l'excédant du prix, disaient les Proculéiens, le mandat étant exécuté *secundùm mentem mandantis*, il est conséquent que le mandataire ait une action pour forcer le mandant à tenir l'engagement *usquè ad pretium statutum*.

Les Sabiniens répondaient : Puisque vous obligez le mandant, s'il veut avoir la chose, à la payer ce qu'elle coûte, et que vous lui déniez toute action pour se la faire livrer au prix porté par le mandat, permettre au mandataire de le contraindre à la prendre pour ce même prix, c'est tomber dans l'absurde; car c'est transformer un

contrat bilatéral en un contrat boiteux, qui ne produit d'action qu'en faveur de l'un des contractants : *Itâ enim fieret ut in alterius personâ contractus claudicaret, quod absurdum esset* (Faber, *Ration.*, t. 5, p. 6); en d'autres termes, c'est violer la règle de l'égalité dans les contrats, et de la réciprocité des actions qui en naissent.

« Cet argument des Sabiniens ne vaut rien, dit Pothier « (*Mand.*, n° 94); je ferais une injustice si j'obligeais mon « mandataire à me donner la chose pour le prix porté par « la procuration, lorsqu'elle lui coûte plus cher; au con- « traire, mon mandataire ne me fait aucun tort en m'obli- « geant de prendre la chose pour le prix porté par la pro- « curation, et en se chargeant lui-même en pure perte « pour lui de ce qu'il l'a acheté de plus. »

L'argument des Sabiniens ne vaut rien! Sans doute il ne vaut rien au poids de l'équité, et c'est par l'équité seule que Pothier décide entre les deux écoles. Ce fut aussi par la seule équité que Justinien trancha la question si longtemps controversée. Les derniers mots de sa loi ne permettent pas d'en douter : *quæ sententia sanè benignior est*, formule ordinaire des décisions d'équité, lorsque celle-ci se trouve en conflit avec la rigueur du droit. Le président Favre s'en explique nettement : *Sed pro diversæ scholæ auctoribus quorum antesignanus* (le porte-étendard) *fuit Proculus, ratio illa facit quæ non tàm ex mero jure quàm ex benignitate sumitur, quòd nihil intersit mandantis ut mandati actione conveniatur usque ad modum statutum, ut in eo tantùm puniatur mandatarius in quo mandati fines excessit, quod certè excedere non debuit. Itâ enim fit æquissimo temperamento, ut neuter damnum sentiat quod alioquin mandatarius ex suscepto officio sentiret contrà naturalem æquitatem* (*Ration.*, t. 5, p. 6). Or, les Sabiniens ne disputaient pas d'équité. Elle

est ici trop évidente pour que des hommes tels que Sabinus et Cassius aient pu s'y méprendre; seulement ils ne s'en préoccupaient pas. Ils disputaient de droit, et de droit rigoureux, puisqu'il s'agissait de savoir si une action devait ou ne devait pas être accordée *ex jure civili*. En décidant tout par la raison d'équité, Pothier leur fait donc perdre un procès qu'ils ne soutenaient point.

Mais, *stricto jure*, leur thèse ne valait-elle pas mieux? On pourrait, sous ce rapport, formuler ainsi une argumentation pour le système de leurs adversaires :

Si je prends à ma charge l'excédant du prix fixé, je rentre évidemment dans les termes du contrat : Que j'aie voulu payer plus cher ce que je livre à meilleur compte, qu'importe au mandant? J'aurais pu lui laisser ignorer à quel prix j'ai acheté; mais, du moment où je ne lui demande rien au delà de celui qu'il a déterminé lui-même, il est sans intérêt à exciper de l'excès du mandat. En pur point de droit, une action me compète donc.

Au contraire, quand l'ordre est d'acheter *Stichus* 50, et qu'il est impossible de l'avoir à ce prix, si je l'achète 80, sans entendre faire remise de la différence, il est clair, *stricto jure*, qu'aucune action ne peut être donnée contre moi pour me forcer à le livrer au prix de 50. En effet, le mandat d'acheter telle chose à tel prix, est un mandat conditionnel, *mandatum sub conditione datum*. C'est comme si vous m'eussiez écrit : Achetez-moi *Stichus*, si on ne veut pas le vendre plus de 50. Or la condition de laquelle dépendait le mandat ne s'accomplissant pas, vu l'impossibilité d'obtenir l'esclave *pro pretio statuto*, l'ordre se trouve tacitement révoqué (V. n° 266), et rigoureusement parlant, il n'exista jamais (1). Par conséquent, si

(1) La plupart des auteurs disent que quand la condition s'ac-

j'achète *Stichus* 80, je stipule pour autrui (*negotiorum susceptor*), et je n'exécute aucun mandat. Conséquemment aussi, point contre moi d'action *ex mandato*, bien que j'en aie une provenant de cette cause, si je me borne à vous demander 50.

Mais, en faveur du système des Sabiniens, ne peut-on pas répondre : *Ex concessis*, votre raisonnement vous condamne ; car, dès l'instant même où il est devenu certain que le maître de *Stichus* ne voulait pas le vendre pour 50, vous avouez vous-même qu'il n'y avait plus de mandat, et c'est effectivement le cas de la condition tacitement

complit, *elle rétroagit au jour du contrat*. Cela manque d'exactitude. Le propre de la condition est, non de suspendre le contrat lui-même, qui, tout conditionnel qu'il est, n'en existe pas moins avant que la condition s'accomplisse, mais de suspendre l'effet du contrat, lequel devient pur et simple par l'accomplissement de la condition. Réciproquement, le contrat qui existait, en tant que conditionnel pendant qu'il était incertain si la condition s'accomplirait ou ne s'accomplirait pas, est réputé n'avoir pas existé dès qu'elle a défailli. C'est ce que le président Favre explique admirablement bien : *Conditionis proprium est ut suspendat non actum quidem et contractum ipsum (est enim contractus et quidem perfectus licèt conditionalis etiam priusquàm conditio existat), sed vim, potestatem et effectum contractûs; (quâ existente) nec alio novo contractu opus est ; non quia conditio semel existens retrotrahatur ad tempus præteritum ut vulgò malè nostri autumant (cùm enim conditio nihil aliud sit quàm privatio, ut ità dixerim, puritatis, certè nihil est, ideòque nec retrotrahi potest, siquidem non entis nullæ possunt esse qualitates), sed quia eventus conditionis facit ut contractus habeatur pro puro, quandòquidem sola conditio faciebat ne purus esset* ; sicut et ejusdem conditionis defectus efficit ut contractus qui anteà erat aliquis et conditionalis, habeatur exindè pro nullo (*Ration.*, t. 3, p. 14, si cert. pet.). Si donc l'ordre est d'acheter *Stichus* 50, une fois qu'il est certain qu'on ne peut l'obtenir pour ce prix, le mandat est réputé n'avoir jamais existé, quand le mandataire ne veut pas se charger de l'excédant. C'est ce qu'à défaut d'une expression plus exacte, nous avons nommé *la condition révocatoire*. V. n° 265

révocatoire. Ce n'est donc pas mon mandat que vous avez exécuté. De là il suit que, n'ayant fait aucune dépense pour moi, vous ne pouvez agir *ex causâ mandati.* D'ailleurs, il n'est pas vrai que je sois sans intérêt; car, depuis l'achat, *Stichus* est devenu aveugle. Votre demande, bien appréciée, n'est autre chose que la prétention de me revendre malgré moi, au prix de 50, une chose qui n'est plus de nulle valeur, et que vous avez achetée à vos risques et périls. Ce qui est conforme au droit, c'est que nous n'ayons pas d'action l'un contre l'autre. Mais, si on vous en donne une contre moi pour me contraindre à me livrer au prix de 50 d'un esclave qui ne vaut plus rien, l'égalité exige que j'en aie une contre vous pour me le faire livrer au même prix, bien que vous l'ayez acheté 80, et valût-il davantage.

Malgré cette argumentation, à laquelle il est difficile de répondre, le sentiment des Proculéiens a prévalu comme moins rigoureux, *sententia benignior.* La raison qu'on en peut alléguer, c'est que, dans l'espèce d'un mandat dont la condition d'exécution dépend de la possibilité de procurer au mandant la chose qu'il veut, au prix qu'il a fixé, *nemini fit injuria* si le mandataire achète plus cher qu'il n'aura droit de répéter, et fait ainsi accomplir la condition. On ne peut dire qu'il nuise au mandant, car celui-ci a la chose qu'il voulait et au prix qu'il voulait; ni qu'il se nuise à lui-même, puisque, selon le droit, *qui damnum ultrò sentit, damnum sentire non videtur.* On ne peut même pas dire qu'il se nuit à lui-même, parce que *volenti non fit injuria* (1). Un tel sacrifice toutefois ne peut être que volontaire. Si je ne me l'impose, la condition ne

(1) Il ne répugne en rien que l'accomplissement de la condition d'un mandat dépende de la seule volonté du mandataire. C'est

s'accomplit pas; partant révocation tacite du mandat, par suite point d'action *ex mandato.*

Néanmoins, bien que sans mandat, je puis acheter *Stichus* au prix de 80, *tui contemplatione.* Alors je m'engage pour autrui, et deviens *negotiorum susceptor.* Vous ratifierez ou vous ne ratifierez pas, *uti volueris.* Mais il répugne à tout droit que vous ayez une action pour exiger *Stichus* au prix de 50, en vertu d'un mandat conditionnel dont la condition ne s'est pas accomplie, dès que je n'ai pas entendu faire de remise.

304. — En deuxième lieu, lorsque, pouvant acheter dans les limites du mandat, le commissionnaire achète pour un prix plus élevé, s'il est exempt de dol, du moins sa faute est tellement grave qu'elle ne semble pas pouvoir l'être d'avantage, *ut non possit progredi ampliùs.* Il doit donc la chose au prix coté par le commettant; cela est sans difficulté.

Il peut même se faire qu'il la doive à un moindre prix. Par exemple, lorsque commis par vous à l'achat de 1,200 mètres de flanelle française, de telle qualité, à 5 fr. le mètre, je l'achète à ce prix, ou à un prix supérieur, s'il résulte des prix courants ou de quelque autre preuve autorisée par la loi, qu'il m'était possible de traiter à 4 fr., je ne serai crédité que sur le pied de cette dernière somme. En vain, me fondant sur le texte du mandat, voudrais-je prétendre que l'excès ne peut commencer qu'au delà de ses limites; d'après le principe précédemment exposé, n^os^ 298, 300, le prix est limitatif en ce sens qu'on ne

même ce qui arrive chaque fois que cette condition se rattache à ses intérêts personnels; *v. g.* : « Vous vendrez mes sucres si vous ne vendez les vôtres qu'après. »

saurait le dépasser sans commettre une faute; mais l'atteindre est une autre faute, quand on ne peut traiter à des conditions plus favorables, et, sous ce rapport, le prix n'est que démonstratif. C'est une conséquence de la règle : *Mandatum semper exsequi debet in majorem mandatis utilitatem.* Si donc j'achète à 5 fr. ou plus ce que je pouvais obtenir pour 4 fr., c'est une négligence ou une impéritie qui vous autorise à exiger la chose au prix de 4 fr.

Mais lorsque, me chargeant du surcroît de dépense, je vous offre la marchandise pour le prix auquel j'aurais dû l'acheter, vous ne pouvez la refuser ni en droit ni en équité. En équité, parce que, n'éprouvant aucun tort, vous feriez une injustice en laissant pour mon compte une marchandise qui m'est onéreuse; en droit, parce que, ma faute réparée par la charge que je prends de l'excès sur le prix, le mandat se trouve exécuté précisément comme vous l'avez voulu.

C'est une conséquence du principe établi n°s 298, 300.

Entre commerçants, ce principe a beaucoup d'importance, car les cours peuvent éprouver de grandes et subites variations. Souvent telle marchandise qui valait 4 fr. le jour de l'exécution du mandat, n'en vaudra plus que 2 au jour de la livraison.

305. — Les règles qu'on vient d'exposer relativement au mandat pour acheter, sont d'une application facile aux transactions analogues.

L'analogie existe chaque fois que l'effet du contrat passé par le commissionnaire avec des tierces personnes, est d'obliger le commettant à payer quelque somme. C'est un indice qui ne peut jamais tromper.

Par exemple, quand je vous commets l'affrétement

d'une place dans tel navire pour mes marchandises, à raison de 15 fr. chaque tonneau, il ne s'agit là ni de vente, ni d'achat; c'est un louage. Mais comme je serai obligé d'en payer le prix, tout aussi bien que celui d'un achat, l'exécution des deux mandats doit être exactement la même. Si donc vous affrétez à 20 fr., le mandat est mal exécuté; et mal encore si je prouve que vous pouviez affréter à 10; mais dans l'un et l'autre cas, en vous chargeant de la différence, vous pouvez me forcer à tenir l'engagement. En un mot, il en est ainsi, nous l'avous dit en commençant, de tout contrat quelconque qui oblige le commettant à payer.

L'analogie n'exige même pas toujours que le commettant doive certainement payer; il peut suffire qu'il y soit éventuellement obligé; et il n'est pas non plus toujours nécessaire qu'il doive recevoir quelque chose en contre-valeur du payement qu'il est ou pourra être tenu de faire.

Par exemple, quand je vous écris : « J'apprends que « Salomon, qui porte sur Jacques un effet de 10,000 fr., « échu, veut obtenir jugement. Jacques est un homme « perdu si la poursuite a lieu. Il lui faudrait au moins « un délai de six mois; tâchez de l'obtenir. A cette con- « dition, vous pouvez proposer votre garantie jusqu'à la « concurrence de 6,000 fr. » Voilà un mandat concernant une affaire dans laquelle je n'ai rien à recevoir, et où il n'est pas certain que je devrai payer. Cependant le commissionnaire doit agir comme s'il s'agissait d'acheter. Si donc il s'engage au delà de 6,000 fr., à lui de payer l'excédant en cas que Jacques ne paye pas lui-même. En outre, d'après les termes de ma lettre, il doit débattre le montant de la garantie, comme il devrait débattre le prix d'un achat, et ne cautionner pour 6,000 fr. qu'au-

tant qu'il ne puisse point obtenir les six mois pour un moindre cautionnement. Sans doute ce n'est pas là un fait aussi facile à vérifier que le prix courant des marchandises; mais enfin, s'il est prouvé, le commissionnaire supportera cette différence, parce qu'il y a faute chaque fois que le mandat pouvait être plus utilement géré. Or ma condition est évidemment pire lorsque, pouvant obtenir le même résultat moyennant une garantie de 4,000 fr., mon mandataire se permet d'en donner un de 6,000.

306. — Pour savoir quand il y a ou non excès du prix dans l'espèce d'un mandat qui contient plusieurs ordres n'ayant pour objet qu'une même opération, voyez ce qui en a été dit, § 3, nos 280 et suivants.

307. — Il reste à dire un mot sur la limite du prix dans le mandat pour vendre.

Acheter et revendre, c'est-à-dire payer un prix ou en recevoir un, voilà en général tout le commerce.

Acheter le moins cher qu'il peut, et vendre le plus cher possible, voilà toute la science du commerçant (1).

Achat et revente sont donc deux corrélatifs qui s'alimentent l'un et l'autre, en se succédant alternative-

(1) C'en est une fort grande. Par exemple, on ne s'imagine pas tout ce qu'il faut savoir pour faire en grand le commerce des céréales. Les connaissances d'un vrai banquier sont encore plus vastes et plus variées. Nous disons d'un vrai banquier, car il en est qui ne prennent ce titre que pour pratiquer l'usure. Dans le recueil de jurisprudence de la Cour de Rennes on trouve la mention d'un arrêt concernant un particulier qui, à la faveur d'une patente de banquier, faisait *suer* son argent de manière à en retirer un intérêt énorme.

ment. Leur liaison est intime par une raison très-sensible. Qu'importe, en effet, d'acheter à bon compte, si on revend à plus bas prix encore ? Réciproquement, que sert de vendre à un prix très-élevé, si le prix d'achat l'est encore davantage ? Dans l'un et l'autre cas, le résultat est une perte, et c'est le gain que le commerce a pour objet.

De là, naturellement, une parité à peu près exacte quant aux limites du prix, entre les devoirs du commissionnaire pour vendre, et les devoirs du commissionnaire pour acheter. Il n'en peut être autrement; tous deux sont employés dans un même but, le gain que le commettant se propose de faire.

Dans la commission d'achat, on vient de le voir, la limite du prix implique toujours la prohibition d'acheter plus cher, et le devoir d'acheter à meilleur compte, si la chose est possible. De même, dans la commission de vente, obligation de vendre plus cher, si on le peut, et défense implicite de vendre à plus bas prix que celui fixé par le mandat.

Par conséquent, la faute de l'un des commissionnaires n'est pas différente de la faute de l'autre; elles entraînent la même responsabilité, parce que l'effet en est précisément le même; l'effet de cette responsabilité ne peut donc non plus admettre aucune différence; il consiste, en général, à se charger de la perte.

308. — Nous disons *en général*, parce qu'il est certaines exceptions fondées sur ce que, par rapport au commettant, la position du commissionnaire pour vendre n'est pas toujours la même que celle du commissionnaire pour acheter. Celui-ci peut avoir promis d'avancer le prix ; l'autre, avoir fait des avances sur la foi des marchandises consignées. Ces deux cas ne se ressemblent point.

309. — Le commissionnaire qui a promis d'avancer le prix, commet toujours une faute en achetant plus cher qu'il n'est porté au mandat. Il ne peut donc s'en prendre qu'à lui-même si ces avances sont compromises, *v. g.*, par la faillite du commettant et la dépréciation des objets achetés. Ne pouvant, on le suppose, exécuter l'ordre tel qu'il l'avait accepté, que ne s'abstenait-il ?

310. — Mais, quand je vous fais une avance de 10,000 francs sur des Médoc que vous m'avez consignés avec ordre de les vendre 500 francs le tonneau, s'il m'est impossible d'en trouver ce prix, et que les cours viennent en baisse, aucune faute ne m'est imputable. Dans ces circonstances où la chose risque de se déprécier et où j'ai besoin de rentrer dans mes avances, notre convention sur ce prix se trouve résolue par la forces des choses; car je n'ai promis de vendre à 500 francs que sous la condition que je pourrais trouver des acheteurs, et que je me rembourserais par le produit des ventes. Les vins peuvent donc être vendus à plus bas prix.

Cependant, comme les vins peuvent plus tard prendre faveur, l'urgence ne concourt pas ici, par rapport au commettant, avec le cas insolite. Le commissionnaire ne peut donc les vendre au prix qu'il voudra, ni comme il l'entendra, *prout videbitur suæ prudentiæ*, *v. g.*, les faire vendre à l'encan, de son autorité privée. L'encan ne constate pas la valeur des marchandises, et le propriétaire n'en serait pas moins reçu à prouver qu'elles valaient davantage ; *Pretium rei concludenter non desumitur ex sub-hastatione*; *et ex sub-hastatione desumptum admittit probationem in contrarium* (Casareg., Disc. 142, nos 68 et 70).

Ma position serait la même si, au lieu d'avancer les

10,000 francs, j'avais accepté une traite de pareille somme dont vous n'auriez pas fait la provision, et qui arriverait à échéance avant qu'il m'eût été possible de vendre les vins au prix porté par le mandat. La raison en est que, ne vous ayant ouvert aucun crédit, et n'ayant accepté, entre nous, que sous l'espoir et la condition d'une vente qui n'a pu se faire, je ne suis point engagé envers vous au payement de la traite : c'est la marchandise qui en est la provision.

Nous verrons dans le paragraphe suivant par quels moyens le commissionnaire peut, en pareille occasion, se procurer le remboursement de ses avances.

311. — Ces sortes de cas sont fréquents, et, presque toujours, ils font naître des contestations. Afin de les prévenir, un commissionnaire prudent qui fait des avances, n'accepte la limite du prix que pour un temps déterminé au delà duquel il se réserve de vendre au mieux des intérêts. M. Vincens (t. 2, p. 134) fait observer avec raison que ce pacte n'a rien d'illicite. « La loi, dit-il, déclare nulle « toute condition entre l'emprunteur et le prêteur, qui au« toriserait ce dernier à disposer du gage ou à se l'ap« proprier de sa seule autorité, et sans mandat du juge; « mais, dans le nantissement, le prêt est le contrat prin« cipal; le gage n'est donné que pour garantie; sa des« tination est d'être libéré et retiré, et nullement vendu. « Au contraire, la marchandise consignée est destinée à « la vente; l'avance faite dessus est accessoire, et la fa« culté de vendre au cours, après avoir attendu un prix « plus élevé pendant un temps donné, n'a rien d'illégal, « si les parties en sont convenues. »

La distinction est très-juste entre le gage qui ne doit pas être vendu, et la marchandise destinée à l'être. Il est

vrai que la convention de nantissement ne se fait pas pour elle-même, et qu'elle n'a lieu qu'à l'occasion d'un autre engagement. Mais une fois parfaite, il est inexact de dire que, *dans le nantissement, le prêt est le contrat principal.* Ce contrat réel et synallagmatique-imparfait ne renferme pas deux contrats; il n'en contient qu'un seul, et deux obligations; mais la principale n'est pas celle que dit M. Vincens; c'est, au contraire, l'obligation de rendre le gage; celle de rembourser le prêt ne lui est qu'incidente (V. Pothier, *Nant.*, n° 14), et c'est ce qui explique l'économie de la loi. Son intention dominante est de protéger contre l'usure l'infortune réduite à l'esclavage des emprunts. Presque toujours le gage vaut au delà, quelquefois le double de la somme prêtée, ou même davantage. C'est une vérité d'expérience. Il est donc très-naturel que l'obligation de le rendre soit l'obligation principale, *obligatio pignoratitia directa*, et que l'action directe appartienne à l'emprunteur. Or la loi manquerait son objet et serait un *non-sens*, si le prêteur avait tout à la fois l'obligation de rendre la chose, et le droit de la vendre ou d'en faire sa propriété. L'emprunteur ne la réclame-t-il point en offrant de rembourser le prêt le juge la fait vendre, et déjoue ainsi les calculs d'un usurier, ou d'une coupable collusion entre le gagiste et l'emprunteur qui voudrait frustrer ses autres créanciers.

Mais si M. Vincens se trompe, ce n'est que dans la forme. Au fond il a bien raison : *Quærenda pecunia primùm.* Dans le commerce surtout, l'argent avant toutes choses.

Au reste, il va sans dire que le propriétaire peut toujours retirer sa marchandise, ou empêcher qu'on ne la vende, en rendant les avances qui lui ont été faites.

312. — Ce que l'on a dit jusqu'à présent de l'excès d'un mandat à prix déterminé, le suppose donné dans le but unique de revendre s'il s'y agit d'un achat, ou de réaliser si une vente en est l'objet. A ce point de vue, il est rare que l'excédant ne puisse pas être mis à la charge du commissionnaire, et cela en toute justice, parce qu'alors, à fort peu d'exceptions près, dont il sera parlé à la fin de ce paragraphe, rien ne saurait l'excuser d'avoir acheté plus cher, ou vendu à plus bas prix que l'ordre ne le prescrivait. Cet ordre ne pouvait-il être exécuté selon sa forme, il fallait le laisser sans exécution, et donner avis du cas insolite.

Mais souvent les circonstances placent le commissionnaire dans une position très-différente : c'est lorsque le commettant fait acheter ou vendre, bien moins pour spéculer sur le résultat respectif et direct de ces opérations, qu'afin de remplir des engagements antérieurs. Alors l'affaire principale est l'exécution de ces engagements ; l'achat ou la vente, un moyen d'y parvenir. Si donc, ne pouvant acheter ou vendre au prix fixé par le mandat, le commissionnaire en excède la limite, pour mettre le commettant à lieu d'acquitter son obligation, *statim de mandatario negotiorum tantùm gestor efficitur* ; il se transforme en gérant de l'affaire d'autrui, et sa gestion est d'avance approuvée dans la mesure de l'utilité qu'elle apporte au propriétaire. Un exemple rendra sensible la vérité de ces propositions.

Le 10 février, je vous écris de Brest à Toulon :

« Dans vingt jours, à dater de celui-ci, et sous peine « de 10,000 fr. de dommages-intérêts, qui absorberaient « mon bénéfice et au delà peut-être, je dois livrer au gou- « verneur de l'Algérie 200 hectolitres de blé de Maroc. « Je m'en étais presque arrangé avec Salomon, dont la

« faillite inattendue me jette dans l'embarras. Je sais que « Jacques, de votre ville, possède au moins une pareille « quantité de ces céréales. Voyez-le sur-le-champ, et, si « vous ne pouvez faire mieux, allez avec lui jusqu'à 100 fr. « de l'hectol.; il me paraît impossible qu'il ne traite pas à « un aussi beau prix. Vous expédierez aussitôt pour Alger » par mon *Neptune* que vous avez à Toulon à votre con- « signation. »

Arrivé chez Jacques, vous le trouvez en marché avec un spéculateur qui lui offre 22 fr. du double décalitre, et vous obtenez les blés à 22 fr. 50 c., ce qui excède la limite, *putà* de 2,500 fr. Dans cette occurrence qui ne souffrait aucun retard, vous vous êtes porté mon *negotiorum gestor*, non pas, il est vrai, pour avoir franchi la limite de mon mandat dont l'excès resterait à votre charge, si on le considérait par abstraction du motif qui me l'a fait donner; mais parce que c'est cet excès même qui m'a seul mis à lieu d'opérer, à temps, la livraison promise, laquelle était ma principale affaire. C'est donc cette affaire que vous avez gérée: et, comme une gestion qui m'épargne une perte de 7,500 fr. est une gestion évidemment utile, je ne puis, sans injustice, désapprouver ce que vous avez fait. Il n'est pas de juge qui ne repoussât une telle prétention.

313. — Notre exemple est de Baldus, qui résume en peu de mots les qualités essentielles d'une gestion irréprochable, entreprise dans l'impossibilité de remplir le mandat pour le prix qu'il porte. « Quand la négociation, « dit ce jurisconsulte, ne souffre pas de délai, s'il s'agit, « par exemple, d'acheter des grains d'un détenteur qui « est au moment de les vendre à un autre, le mandataire, « pour prévenir cette vente qui rendrait l'ordre inexécu- « table, peut excéder la limite du prix, pourvu, ajoute

« l'auteur, *que le mandat soit douteux*, c'est-à-dire, quand « les circonstances autorisent à présumer que le commettant modifierait son ordre, si l'urgence n'empêchait pas « de l'informer à temps de l'état des choses : *Quandò « mandatum est ad negotium quod non recipit dilationem et potest perire, putà ad emendum granum ab eo qui « alteri esset venditurus, et mandatum est dubium* (1), « *potest mandatarius excedere mandati fines, et prævenire concludendo, et posteà certiorare mandantem* « (Cons. 334). » Ailleurs Baldus dit : « Pour que cette « extension soit autorisée, quatre conditions sont requises : « que ce qui a été fait en dehors du mandat tende à la « même fin que le mandat lui-même ; que l'agissement « soit commandé par la nécessité (l'alternative inévitable « de laisser périr l'affaire ou de la gérer autrement qu'il « n'est prescrit), ou que l'utilité en soit évidente ; qu'on « n'ait point dépassé la mesure ou quantité de la chose « commandée ; enfin que ce qui a été fait l'ait été en temps « et lieu convenables : *Ut procedat extensio* (2) *quatuor*

(1) Il est évident que, dans ce passage de Baldus, le mot *dubium* ne se rapporte pas au prix. Le prix est connu, puisque l'auteur parle d'un cas où il est permis de l'outre-passer. C'est donc comme s'il avait dit : *et mens mandantis est dubia*, c'est-à-dire, lorsqu'on est obligé de recourir aux conjectures, et d'interroger les vraisemblances pour savoir ce que ferait le commettant s'il était sur les lieux. Sans doute il est de principe général que, tenu de s'expliquer avec clarté, le commettant doit s'imputer une erreur dont il est cause. Mais cette règle n'a point d'application au prix ; parce que c'est un autre principe que, dans le doute à cet égard, le mandataire doit s'en tenir à la moindre dépense. C'est ce qu'explique fort bien le cardinal Tuschi : *Si verba sunt dubia, mandatum non extenditur..... quià in dubio, quod minus est censetur mandatum* (Conclus. 39, n° 37). *Restringe tamen quandò constat de mente* (n° 39), c'est-à-dire lorsque, comme dans notre espèce, il est vraisemblable que le commettant eût étendu la limite du prix s'il avait connu l'empêchement.

(2) Sur cette prétendue extension du mandat, voyez ce qui en est

« *concurrunt* : 1° *quòd id quod agitur tendat in eam cau-*
« *sam quæ est mandata; 2° requiritur evidens utilitas vel*
« *necessitas;* 3° *quòd in rem permissam non excedatur*
« *modus et quantitas*; 4° *requiritur congruitas loci et*
« *temporis* » (Baldus, *Consult.* 370).

Toutes ces conditions se réunissent dans l'exemple proposé. L'ordre avait pour objet un achat de grains de Maroc, qui pussent être livrés en conséquence de mon obligation, et c'est de ces grains que le commissionnaire a achetés (*ea causa quæ erat mandata*). La nécessité était urgente, sous ce double rapport que la négociation ne souffrait aucun délai, et qu'il fallait ou ne rien faire, ou faire comme on a fait, étant certain que le détenteur des blés n'en traiterait pas à 20 fr. quand il en trouvait déjà 22 ; et l'utilité de l'excès n'était pas moins évidente, l'option n'étant pas douteuse entre un sacrifice de 2,500 fr. et une perte de 10,000 (*evidens utilitas*); le commissionnaire n'a rien acheté au delà de la quantité prescrite (*modus et quantitas*); enfin il a agi en temps et lieu convenables, puisque l'espèce suppose que l'agissement a prévenu l'application de la clause pénale à laquelle je m'étais soumis (*congruitas loci et temporis*).

Mais qu'une seule de ces conditions manque, et la responsabilité du gérant se trouvera toujours plus ou moins engagée ; il sera même assez rare que l'opération ne puisse pas être entièrement laissée à son compte; comme si, *v. g.*, vous aviez acheté des blés de Pologne, en place des blés de Maroc, ou de ceux-ci, mais livrables dans un mois, tandis que la livraison devait s'en faire, sous vingt jours, au gouverneur d'Alger, etc.

dit n° 190. Cette extension n'est autre chose que le fait d'un *negotiorum gestor*.

314. — En un mot, ce n'est que quand la gestion est utile, et encore, comme nous l'avons dit, dans la mesure de cette utilité, que le maître est tenu des engagements contractés par le *negotiorum gestor*. La raison en est qu'un mandat limitatif emporte virtuellement prohibition de tout ce qui se ferait au delà ou contre. Si donc, dans notre espèce, l'excédant du prix fixé était une somme de 12,000 fr., il y en aurait 2,000 restant à votre charge, parce que je ne profite qu'à la concurrence des 10,000 fr. de dommages-intérêts que votre gestion m'épargne. Vous êtes précisément dans le cas de quelqu'un à qui j'aurais défendu de gérer mon affaire, mais aux dépens duquel je ne dois pas m'enrichir, alors même qu'il l'a gérée nonobstant cette défense (V. nos 99, 100). Il en serait de même si vous aviez acheté 300 hectolitres au lieu de 200 que j'avais commandés.

Que si, par suite de votre marché avec Jacques, vous aviez plaidé contre lui, et que vous eussiez succombé, même injustement, je ne serais point tenu de rembourser ce qu'il vous en aurait coûté, parce que le maître ne doit remboursement que de ce qui a tourné à son utilité : *Negotiorum gestor, si succubuit in causâ ob injustitiam judicis, non potest impensas repetere, quia utile negotium non gessit* (Casareg., Disc. 30, n° 95).

315. — Mais *quid juris* lorsque, achetée plus cher que le prix porté au mandat, la marchandise vient à périr par cas fortuit, *v. g.*, les grains, après que Jacques vous les livrés? Il faut distinguer.

316. — Si, comme dans cette espèce, l'éloignement et l'urgence ne permettent pas de consulter le commettant pour savoir s'il veut retirer son ordre, ou s'il préfère le

modifier, la gestion est irréprochable. C'est une conséquence du principe précédemment exposé ( n° 104 *et passim*), qu'on juge de l'utilité d'une gestion, eu égard au temps où elle a été entreprise, quel qu'en soit le résultat ultérieur, pourvu que ce résultat ne soit pas l'effet de quelque faute du gérant.

317. — Mais si, pouvant en temps opportun consulter le commettant, le commissionnaire prend sur lui d'excéder le prix porté au mandat, c'est pour son compte que périt la marchandise. Dans un cas urgent et insolite, le mandataire peut excéder le mandat, dit Casaregis (et, suivant nous, il le doit), pourvu qu'il agisse comme le ferait un prudent père de famille ; mais l'auteur ajoute : *Declara si non habet tempus admonendi mandantem et responsum expectanai; aliàs diceretur in dolo si illud non expectaret* (Casareg., Disc. 119, n°s 55, 63 et 64). Le principe est de toute certitude et en même temps de toute justice ; mais sa raison, en droit, n'est pas celle que l'auteur indique.

Sans doute il peut y avoir dol de la part d'un commissionnaire qui spontanément excède son mandat, quand il lui est facile de consulter le commettant ; mais de ce fait au dol, qui ne se présume pas, la conséquence n'est point nécessaire, car, en excédant ainsi ses pouvoirs, le commissionnaire peut n'avoir commis qu'une imprudence qui n'exclut nullement la droiture des intentions.

La raison pour laquelle, dans le cas donné, la marchandise périt pour le commissionnaire, c'est qu'il ne lui est pas permis d'interpréter par conjectures, et de juger les intentions du maître, quand rien ne l'empêche de s'en assurer positivement. Or c'est là une faute qu'il ne peut commettre qu'à ses risques et périls.

En vain prétendrait-il que le commettant doit partager

tenir une réponse n'entraîne pas un grave préjudice. S'il néglige ce devoir, et que la marchandise vendue vienne à prendre faveur, il répond de la différence, comme ayant spontanément excédé les bornes de son mandat. Ce n'est jamais qu'en cas d'urgence qu'une telle vente peut être considérée comme le fait d'un *negotiorum gestor*.

319. — On ne dira que peu de mots du cas où le commettant ferait vendre, dans le principal but de remplir de précédentes obligations. Sans doute la chose est très-possible en soi ; mais, quand le commissionnaire ne trouve pas le prix fixé, il lui est comme impossible de l'abaisser, *proprio motu*, sans compromettre sa responsabilité. Néanmoins, si le propriétaire lui a fait connaître le montant des obligations qui le pressent et le danger qu'il court à ne pas les acquitter, il peut arriver que la gestion soit irréprochable, *v. g.*, s'il était prouvé que le produit de la vente pouvait seul sauver le commettant du préjudice et du déshonneur d'une faillite.

320. — Enfin, généralement parlant, de toutes les stipulations qui entrent dans la forme du mandat d'acheter, ou du mandat de vendre, la plus importante pour le commettant est celle qui détermine le prix de la vente ou de l'achat, car, si elle n'est exécutée suivant son intention, il payera plus ou recevra moins qu'il n'a compté recevoir ou n'a voulu payer. C'est pourquoi l'on présume en faute, et en faute dommageable, tout commissionnaire qui, s'étant écarté de cette stipulation, ne justifie pas de l'obstacle qui l'empêchait de l'exécuter. C'est donc à lui que la preuve en incombe (1) ; encore cette preuve ne

(1) Nous avons dit que Casaregis admet cette distinction entre l'empêchement positif et l'empêchement négatif. Parmi nous cette

suffit-elle pas ; il lui faut prouver de plus avoir agi au mieux des intérêts du commettant, eu égard aux circonstances dans lesquelles il se trouvait. Jusque-là il n'est point gérant ; c'est un mandataire violateur de sa promesse : *Toccando ad mandatario affine di esimersi dall' eccesso e trasgressione dal mandato i provare di averlo eseguito in maggior vantaggio del mandante* (Casareg., Disc. 174, n° 11) (1).

Mais cela une fois prouvé, *inter mercatores totum facit bona fides ;* le commissionnaire est un *negotiorum gestor* dont l'agisssement sera apprécié selon les règles de la bonne foi et de l'équité.

321. — On trouve ces principes proclamés dans les *Questions de droit*, v° *Compte courant.*

MM. Tourton et Ravel devaient à Vanderstraaten un solde de compte courant considérable, et avaient mandat de tenir ce solde à sa disposition. Mais la guerre s'étant allumée entre la République et la Hollande, une loi du 7 septembre 1793 prononça la confiscation de tous les biens et de toutes les créances appartenant en France à des Hollandais.

Ne pouvant, sans compromettre leur sûreté personnelle, ni garder des fonds de Vanderstraaten, ni les lui rembourser directement, Tourton et Ravel les employèrent en acquisition de billets d'une compagnie d'assurance sur la vie, qui jouissait alors d'un plein crédit.

doctrine n'est point admissible. V. n° 218 les moyens par lesquels un commissionnaire peut presque toujours prouver par des faits positifs le fait négatif qu'il n'a pu exécuter le mandat selon sa forme.

(1) Étant une obligation qui regarde le mandataire, afin de se racheter de l'excès et de la transgression du mandat, de prouver qu'il l'a exécuté au plus grand avantage du mandant.

Quelques années plus tard, ce placement donna lieu à un procès, dans lequel Vanderstraaten prétendait qu'on avait violé son mandat. M. Merlin répondait que, vu l'urgence et le péril, les mandataires avaient pu se porter *negotiorum gestores;* puis il ajoutait : « Ils étaient dans « cette position : D'un côté, l'échafaud, de l'autre le « manque de foi. Qu'ont-ils fait dans cette cruelle alter- « native? Ils ont fait ce que tout homme d'honneur eût fait à leur place, etc. »

A la vérité, la Cour suprême motiva son arrêt par des considérations puisées dans les lois écrites. Mais les principes invoqués par le célèbre procureur général n'en sont pas moins certains, surtout entre commerçants. Quand l'impossibilité d'exécuter le mandat ne provient pas de la faute du commissionnaire, et qu'il se porte *negotiorum gestor*, vainement le maître voudrait-il lui faire supporter le mauvais succès d'une gestion entreprise de bonne foi et avec prudence. Ce commissionnaire sortira indemne, s'il paraît au juge avoir fait pour le commettant ce qu'il eût fait pour lui-même. On ne s'attache pas alors à la rigueur du droit, mais à l'équité; et c'est principalement en pareilles circonstances que l'on peut dire avec le président Favre : *Judicium mandati bonæ fidei est... ex bono et æquo, id est ex benignitate et humanitate* (*Ration.*, t. 5, p. 92).

---

## § VI.

### DU MODE DE REMBOURSEMENT DES AVANCES DU COMMISSIONNAIRE.

### SOMMAIRE.

**322.** Quelle est la signification du mot *avances;* la jurisprudence en a déterminé le sens par extension.

**323.** Le commissionnaire peut avoir à se rembourser, ou suivant l'usage ou par suite de la convention.

**324.** Lorsque les parties s'en sont rapportées à l'usage, le commissionnaire est en droit d'exiger ses avances aussitôt qu'elles sont faites, en argent, à son domicile, et avant de se dessaisir.

**325.** Quant au mode de remboursement, il faut distinguer. Si déjà des relations semblables ont existé entre les parties, le commissionnaire est tacitement autorisé à employer le mode de remboursement précédemment suivi; exemple.

**326.** Mais, à défaut de convention expresse ou tacite, le commettant n'est pas tenu d'accepter une traite fournie sur lui; opinion contraire de MM. Vincens et Favart; pourquoi cette opinion ne peut être admise.

**327.** Lorsque le défaut de son remboursement inutilement sollicité lui cause préjudice, le commissionnaire peut-il se rembourser au moyen d'un emprunt fait au nom du commettant?

**328.** Les parties ayant réglé à l'avance le mode de rembourse-

ment, cette convention fait partie intégrante de la forme du mandat, et doit être ponctuellement observée ; exemples.

329. Si, aux termes de la convention, le remboursement doit se faire sur le produit de la vente, et qu'il ne soit pas possible de la réaliser au prix fixé par le mandat, le commissionnaire peut se faire autoriser de justice à vendre, jusqu'à concurrence de ses avances.

330. Les parties peuvent travailler en compte courant, ou, après la vente, convenir que le produit en sera passé dans un tel compte, ou bien aucun compte de cette espèce n'existe entre elles.

331. Dans le premier cas, le commissionnaire est remboursé par le crédit qu'il se donne sur son commettant.

332. Dans le deuxième, le remboursement s'opère encore de la même manière, et il n'importe sur la proposition de laquelle des parties le commissionnaire se crédite ou se débite en compte courant du solde qui lui est dû ou qu'il doit.

333. Dans le troisième, le commissionnaire débite le compte des marchandises du solde dû à celui qui les lui a envoyées, et en crédite sa caisse, lorsqu'il le paye ; il n'en doit pas l'intérêt, obligé qu'il est de le tenir comme dépôt irrégulier à la disposition du commettant; mais si ce solde est en sa faveur, il porte intérêt jusqu'à payement.

334. Ce qui vient d'être dit d'une consignation de marchandises est applicable à tout mandat dont l'exécution entraîne des avances, sauf modification dans la passation des écritures.

322. — Il ne s'agit point, quant à présent, de la manière dont le remboursement peut s'opérer après la faillite ou déconfiture du commettant ; il en est traité au chapitre de la faillite. On ne s'occupe ici que de ce qui se passe directement entre lui et le commissionnaire.

Avant tout, déterminons bien la portée légale du mot *avances*.

Cette expression embrasse non-seulement les fonds avancés au commettant sur la garantie des marchandises consignées ou des valeurs remises en recouvrement, ainsi que les déboursés faits à leur occasion, tels que frais de transport, de déchargement, d'emmagasinage, de conservation, de protêts, etc.; mais encore toutes sommes actuellement exigibles dont le commissionnaire peut se trouver créancier pour des causes étrangères à l'objet de la consignation. La rédaction peu claire de l'art. 93 du Code de commerce avait fait douter si la signification du mot *avances* ne devait pas se restreindre à celles faites sur la marchandise elle-même, ou à son occasion; quelques tribunaux l'avaient ainsi décidé. Désormais plus de doute; le principe contraire est incontestable et la jurisprudence invariablement fixée à cet égard. Au surplus, rien n'est plus favorable aux intérêts du commerce et à l'esprit de la loi, dont le but est de donner au commettant un moyen facile d'obtenir des fonds du commissionnaire, en offrant à celui-ci des sûretés sur les marchandises et les effets dont il se trouve nanti, et qu'il est chargé de vendre, de recouvrer ou de négocier. C'est une conséquence naturelle du droit de rétention qui n'a nul besoin d'être spécialement stipulé.

323. — Le commissionnaire peut avoir à se rembourser par des modes différents :

Selon l'usage, à moins que les parties ne s'en soient autrement expliquées; suivant la convention, quand elle a réglé le mode de remboursement.

324. — S'il n'a été rien convenu sur le lieu, l'époque et le mode de remboursement, les parties s'en étant alors tacitement rapportées à l'usage, le commissionnaire est

en droit d'exiger ses avances aussitôt qu'il justifie les avoir faites, de les exiger en argent, à son domicile, et avant de livrer les objets achetés d'ordre du commettant, ou de se dessaisir de ceux consignés qu'il n'a pu encore négocier ou vendre. Rien n'est plus juste et plus conforme au droit. D'une part, toute dette qui n'est pas à terme peut être exigée à la volonté du créancier; d'un autre côté, la dépense ayant été faite au domicile du commissionnaire, il répugne d'autant plus de l'astreindre à en faire le recouvrement ailleurs que, par la nature même du contrat, l'objet consigné est son gage spécial; et que, quand la vente s'en opère, le prix en est destiné à le couvrir de ses avances.

325. — Quant au mode de remboursement, il faut distinguer. Si déjà il a existé des relations semblables entre le commettant et le commissionnaire, on répute celui-ci tacitement autorisé à employer le mode qui a été précédemment suivi. Par exemple, si pour les commissions antérieures le commettant donnait son acceptation à des traites dans lesquelles la perte du change se trouvait comprise quand il y avait lieu, cette habitude emporte engagement d'en accepter de nouveau sous peine de dommages-intérêts, parce qu'une intention différente n'ayant pas été manifestée au commissionnaire, celui-ci a un juste sujet de croire qu'il peut et doit en user comme par le passé. (V, n°s 220 et suiv.).

326. — Mais hors ce cas et dans l'absence de toute convention explicite, le commettant serait-il tenu d'accepter la traite que le commissionnaire exercerait sur lui ?

M. Vincens (t. 2, p. 191, n° 4) enseigne l'affirmative.

« Quant à celui, dit-il, qui a des fonds pour son compte « chez un correspondant commerçant, il a le droit de les « retirer comme il l'entend ; et, pourvu qu'il ne devance « pas l'échéance et n'excède pas la somme, sa lettre ne « peut être refusée, à moins d'un pacte exprès par lequel « il aurait renoncé à ce mode...... Entre banquiers « et négociants commissionnaires, où l'argent est ordi- « nairement exigible à volonté, où le débiteur n'est qu'un « détenteur, une sorte de dépositaire, je ne pense pas « qu'ils puissent se soustraire à l'obligation d'accepter à « concurrence de ce qu'ils ont de liquide entre les mains, « s'il n'y a convention contraire, etc. »

Telle est aussi la doctrine de M. Favart, v° *Lettres de change* ; mais il nous est impossible de partager cette opinion.

Lorsqu'après avoir reçu un compte justificatif des avances, le commettant en a reconnu le bien-être, ou ne l'a pas contredit dans un délai raisonnable, on le répute, *hic et nunc*, débiteur d'une somme exigible. Cela est sans difficulté. Mais, à moins d'une convention expresse ou tacite, il ne s'ensuit pas l'obligation d'accepter une lettre de change, alors même qu'elle a été fournie au pair ; *à fortiori*, si elle l'a été avec perte. La raison est d'abord qu'un commerçant peut avoir intérêt à ne payer qu'au lieu où il doit, c'est-à-dire dans celui de l'exécution, *v. g.*, si je trouve à négocier une traite de Paris sur Londres, avec gain d'un change de 8 p. 100, à quelqu'un qui, ayant des fonds à Brest, se charge d'y payer les 20,000 fr. que je dois à mon commissionnaire, auquel n'appartient certainement pas le droit de me priver de ce bénéfice. En outre, accepter, c'est devenir débiteur direct, et une maison qui se respecte a toujours de la répugnance à lancer dans la circulation une signature qui l'annonce pour débi-

trice. Le crédit peut en souffrir. Nous avons même lu qu'à Lyon le haut commerce n'accepte jamais. D'ailleurs, accepter, c'est s'interdire la faculté de payer avant l'échéance, parce qu'en général, à la différence du droit civil (art. 1187 C. civ.), dans le droit commercial on présume que le terme est stipulé en faveur du créancier. Si la lettre de change donne lieu à certaines contestations, l'accepteur peut être distrait de ses juges naturels; et si, après avoir accepté, un revers de fortune l'atteint et apporte de l'embarras dans ses affaires, il est exposé à payer un compte de retour avec rechange; et plus de recours possible à l'indulgence des magistrats pour obtenir un délai qui lui épargnerait peut-être le déshonneur et les funestes conséquences d'une faillite. Il ne saurait dépendre de la volonté de l'un des contractants de changer ainsi la position, et d'aggraver à ce point le sort de l'autre. Savary le fait remarquer avec raison, et telle est aussi l'opinion de M. Pardessus, n° 364. Mais nous n'entrevoyons pas pourquoi l'auteur dit en commençant : « La circonstance « qu'il (le négociant) serait débiteur du tireur ne serait « pas même suffisante *dans tous les cas indistinctement*, « pour le faire condamner à des dommages-intérêts, « faute d'avoir accepté. » Il n'est qu'un seul cas où il puisse les devoir : c'est lorsque, sans motifs légitimes, il refuse son acceptation après avoir contracté l'engagement de la donner.

327. — Mais lorsque le compte des avances n'est pas contesté, et que le remboursement en a été inutilement sollicité, nous pensons que le commissionnaire à qui ce retard injuste préjudicie, peut se rembourser au moyen d'un emprunt qu'il ferait dans le nom du commettant, pourvu que l'intérêt stipulé n'excède pas celui du com-

merce, et que les autres conditions de cet emprunt ne rendent pas plus onéreuse la position du débiteur. Un tiers qui, de sa pure volonté, eût acquitté cette dette, aurait utilement géré l'affaire du commettant; dès lors celui-ci serait tenu de le rembourser. Il n'y a donc pas de motif pour qu'en pareille circonstance un commissionnaire qui a besoin de ses fonds ne puisse, *in rem suam*, se porter *negotiorum gestor* de son commettant. De quoi celui-ci pourrait-il se plaindre? Puisqu'il ne paye pas une dette actuellement exigible et exigée, la présomption est qu'il a besoin d'un délai; or l'emprunt le lui procure; quant aux intérêts, que lui importe de les devoir au prêteur, déchargé qu'il en est envers le commissionnaire? Sa position ne change donc point, ou elle ne change que pour s'améliorer; car des poursuites judiciaires appellent toujours le discrédit sur le nom d'un débiteur avéré qui ne paye pas. L'emprunt a donc été fait dans son véritable intérêt, *ne in decoctionem decideret, atque sui nominis existimationem fidemque apud mercatores ubique tueretur* (Casareg., Disc. 197).

Que si le commissionnaire a emprunté en son nom propre, c'est un service de plus qu'il a rendu au commettant, qui est justement tenu de l'indemniser.

328. — Lorsque les contractants ont réglé d'avance le mode de remboursement, cette convention fait partie intégrante de la forme du mandat, *mandatum est indivisibile*, et doit être ponctuellement observée par le commissionnaire, *sive respiciat res, sive personas, sive locum, sive tempus*. Si donc il est convenu, *v. g.*, de se rembourser par une traite sur Jacques de Lyon, il ne peut exiger du comptant, ni tirer sur le commettant; si la convention est que la traite sera à trois usances, et négociable

à ses perte ou profit, il ne peut la fournir à un plus court ou plus long délai, ni rien exiger du change qu'il aurait perdu. En un mot, toute infraction, sous ce rapport, lui est interdite, sous peine de répondre du dommage.

329. — S'il a été convenu que le remboursement aura lieu par le produit de la vente, et que pourtant il soit impossible de la faire au prix porté par le mandat, l'on a vu dans le précédent paragraphe, qu'encore bien que cette impossibilité soit un cas insolite qui rend les avances actuellement exigibles, le commissionnaire ne peut vendre, de son autorité privée, ni tractativement, ni même à l'encan. Alors, si le commettant refuse de modifier son ordre quant au prix, et qu'il ne réside pas dans un lieu trop éloigné, il doit être cité devant le tribunal de commerce (1) qui, selon les circonstances, ordonnera que la vente sera faite à l'encan, ou par le ministère d'un courtier au prix courant de la marchandise, à concurrence des frais et avances de toute nature dout elle se trouvera chargée.

Que si le commettant demeure au loin, en sorte que son assignation entraînerait des retards préjudiciables, le jugement peut être rendu sur une simple requête. Ce mode de procéder n'est, on en convient, tracé par aucune loi, et, en général, toute procédure doit être contradictoire. Mais tel est l'usage. La célérité nécessaire aux affaires commerciales est quelquefois incompatible avec les délais et les lenteurs d'une instance régulière. D'ailleurs l'espèce a une grande analogie avec le cas prévu par l'art. 106 du Code de commerce, qui permet d'ordonner au pied d'une requête, en faveur du voiturier et jusqu'à

(1) Du domicile du commissionnaire.

laisse tout le reste à la discrétion du commissionnaire, n'est qu'une abstraction ; raison pour laquelle elle ne peut être facultative que sur certains points.

351. Exemple d'un ordre d'achat qui, en apparence, paraît facultatif sur tous les points autres que son objet, et qui cependant ne l'est pas ; comment, dans cette espèce, le commissionnaire doit agir.

352. Les règles exposées relativement au mandat facultatif pour acheter, s'appliquent et au mandat facultatif pour vendre, et au mandat facultatif pour faire un contrat commercial, par suite duquel le commettant devra recevoir ou payer; disposition du Code espagnol ; but de cette loi.

353. Quoique facultatif sur le temps de l'exécution, le mandat n'en doit pas moins être exécuté aussitôt que possible, et il est du devoir du commissionnaire de saisir le moment opportun ; ce moment s'est-il présenté, c'est une question de bonne foi.

354. De même, s'il n'a été rien prescrit sur le lieu de l'exécution, il ne s'ensuit pas pour cela que l'on soit libre d'exécuter en tel lieu que l'on voudra; pourquoi; exemples.

355. C'est aussi une autre règle que tout mandat facultatif renferme implicitement la clause-condition de ne pas s'écarter des usages du lieu où l'ordre doit être exécuté ; si le commissionnaire les enfreint, il devient *negotiorum gestor;* s'il les observe, pas de responsabilité, quand même en s'en écartant il aurait pu obtenir de meilleures conditions; exemples.

344. — D'après la définition donnée, *suprà*, n° 20, un caractère essentiel et commun à toutes espèces de commission indistinctement, est de ne jamais concerner qu'une ou plusieurs opérations de commerce *individuellement déterminées*. Si je donne à quelqu'un le pouvoir de gérer une ou plusieurs affaires commerciales, non spécialisées *sigillatim*, ce pouvoir n'est pas un mandat de commission,

mais quelque autre mandat, suivant les distinctions rappelées au commencement de ce chapitre, n° 227. Ainsi nulle commission ne peut être facultative quant à son objet.

345. — Qu'est-ce donc qui distingue la commission facultative de la commission impérative? Une seule chose. L'un de ces mandats doit être exécuté selon le mode qu'il prescrit; le commissionnaire n'y peut rien ajouter, n'en peut rien retrancher qu'à ses risques et périls; dans l'autre, au contraire, le choix des moyens d'exécution ou de quelques-uns de ces moyens, est abandonné au libre arbitre de celui qui l'exécute. Aucun mode ne lui est expressément imposé : *ipse sibi est lex.* Par conséquent, quel que soit celui qu'il se trace à lui-même, on ne saurait dire qu'il excède le mandat. De là cette maxime de Casaregis : *In mandato collato ad liberum arbitrium mandatarii, nunquam intrat quæstio excessus mandati* (Disc. 119, n° 17). Toutefois la maxime n'est vraie que rigoureusement parlant, et en ce sens seulement qu'on ne peut, en général, imputer à faute au commissionnaire d'avoir suivi tel mode qui n'a pas eu de succès, de préférence à tel autre qui aurait peut-être réussi.

346. — Mais à quoi s'engage le commissionnaire qui accepte un mandat facultatif, ou, comme disent les docteurs, *mandatum ad votum* ou *cum liberâ?* C'est ce qu'il convient d'examiner.

347. — Quelque illimitée que soit une commission, elle a toujours pour limite l'obligation d'agir *au mieux des intérêts* du commettant. Cette clause-condition est de la nature du contrat. Quand elle n'est pas exprimée, on la répute sous-entendue. C'est la conséquence du principe

fondamental que jamais le mandataire ne peut rendre pire la condition du mandant : *In causâ mandati, etiàm illud vertitur ut interìm nec melior causa mandantis fieri possit, interdùm melior : deterior verò nunquàm* (L. 3, D., *Mand.*).

En laissant au commissionnaire le libre choix des moyens par lesquels le mandat recevra son exécution, le commettant ne s'engage pont à ratifier aveuglément tout ce qui sera fait en vertu de ce pouvoir discrétionnaire, mais uniquement ce qui l'aura été avec prudence et probité, quel qu'en soit le résultat, heureux ou malheureux. Nul n'est censé, un commerçant moins que tout autre, conférer le droit de nuire à ses intérêts : *Jactare suum nemo præsumitur, quæ regula maximè procedit in mercatoribus qui solent esse diligentissimi circà eorum interesse.*

De son côté, le commissionnaire n'entend pas garantir le succès du mode qu'il emploiera dans l'exécution. Il promet seulement de faire comme pour lui-même, en honnête homme, en bon commerçant. C'est ce que le président Favre exprime très-bien dans son commentaire sur le § 2 de la loi 3, D., *Mand.*, ci-dessus citée, et cela précisément dans l'espèce d'un mandat facultatif : *Nihil aliud exigimus à mandatario* (cum liberâ), *nisi ut mandatum ex bonâ fide impleat, et ad utilitatem mandantis* (au mieux des intérêts) *quantùm facere potest, id ipsum in re mandatâ faciens quod faceret in suâ* (*Ration.*, t. 5, p. 5). Dans l'espèce d'un mandat impératif, le commissionnaire compromet sa responsabilité, s'il s'écarte en rien du mode qui lui est prescrit ; on n'a égard qu'au fait et nullement à l'intention : *Non attenditur animus facientis, sed ipsum factum.* Dans le mandat facultatif c'est une règle inverse. En général, le fait n'est pas imputable quand l'intention était bonne.

348. — L'art. 128 du Code espagnol résume ainsi les obligations du commissionnaire *cum liberâ :* lorsqu'il est autorisé à agir selon son libre arbitre, il doit suivre ce que dicte la prudence, et observer ce qui est le plus conforme à l'usage général du commerce, en procurant toujours la prospérité des intérêts du commettant avec le même zèle que s'ils étaient sa propre affaire : *En caso de que el comitente le haya autorizado para obrar a su arbitrio, hara aquello que dicte la prudencia y sea mas conforme al uso general del commercio, procurando siempre la prosperidad de los intereses del comitente con igual zelo que si fuere negocio propio.* Ainsi, bonne foi, dévouement, prudence et capacité, *industria par negotio gerendo*, voilà tout ce que promet celui qui se charge d'une commission facultative. Quand on ne peut rien lui reprocher sous aucun de ces rapports, il est réputé avoir reçu le mandat spécial de faire ce qu'il a fait, et comme il l'a fait, quel que soit le résultat définitif de l'opération.

349. — Pour développer davantage les principes qui viennent d'être exposés, nous considérerons le commissionnaire *ad votum* dans quelques-uns de ses principaux agissements ; ces espèces suffiront à faire apprécier les cas analogues.

350. — Il serait difficile de rencontrer dans la pratique l'exemple d'une commission qui, se bornant à déterminer son objet, laisserait tout le reste à la discrétion du commissionnaire : *v. g.* : *veuillez acheter pour mon compte dix balles de coton*, sans indiquer ni la qualité du coton, ni le poids de chaque balle, ni le prix, ni le temps de l'achat, ni le mode et l'époque de l'expédition. Bien qu'un tel mandat ne soit pas dans les choses absolument

impossibles, on ne peut guère l'envisager que comme une pure abstraction. Un ordre suppose toujours un but arrêté d'avance, une spéculation fondée sur l'emploi ou le placement de la marchandise que l'on commande. Il la faut donc non-seulement en telle ou telle quantité, mais aussi de telle ou telle qualité, en temps opportun, etc.; ce sont là des détails dont le concours est nécessaire pour le succès de l'opération conçue. Or ce serait les abandonner au hasard que d'en remettre le choix à la volonté d'un commissionnaire qui ne connaît pas le projet auquel ses agissements doivent se rapporter.

*Per rerum naturam*, il arrive donc presque toujours, pour ne pas dire toujours, que le mandat n'est facultatif qu'en certains points seulement; encore, le plus souvent, n'est-il donné ainsi que pour faciliter la conclusion de l'affaire qui, dans bien des circonstances, lorsque surtout elle doit se traiter au loin, ou qu'elle a pour objet des denrées ou marchandises dont le cours est sujet à des variations subites, serait retardée, peut-être même rendue impossible, si le commissionnaire ne recevait d'avance le pouvoir de lever les obstacles que le commettant n'aura pas prévus.

351. — « Bilbao, le.. Je tiens de quelqu'un qui doit en « être bien informé, que votre gouvernement ne tardera « pas à autoriser l'exportation des grains. Nous en man- « quons ici. Veuillez donc me procurer 200,000 kilogr. « de froment, vieux ou nouveau, il n'importe ; vous affré- « terez en conséquence. Je ne limite ni le prix de l'achat, « celui du fret, certain que vous soignerez mes intérêts « comme s'ils étaient les vôtres. Mais expédiez prompte- « ment. »

Cet ordre, en apparence fort simple, ne laisse pourtant

pas d'être assez compliqué. Son exécution exige de l'intelligence, de la discrétion, une grande activité.

Premièrement, le commissionnaire doit comprendre que son correspondant fonde le succès de sa spéculation sur le renseignement qu'il a su se procurer. Encore quelques jours, l'exportation sera permise ; il le tient de bon lieu et n'en fait aucun doute. Ce qu'il faut en conclure tout d'abord, c'est la nécessité de garder le secret, l'approvisionnement devant se faire à meilleur compte que si une indiscrétion éveillait des concurrences. En outre, l'intention du commettant est, on le voit bien, que tout soit préparé d'avance pour que le navire puisse partir aussitôt l'ordonnance royale publiée. Il faut donc acheter sans délai. L'ordre ne le dit pas d'une manière expresse, mais il le dit implicitement : *Sive expressum, sive tacitum, idem operatur*. Puisqu'il y a disette dans la Biscaye, les premiers blés arrivés y seront nécessairement les mieux vendus. Toute perte de temps serait donc une faute. Ainsi acheter promptement et expédier de même, voilà les deux seules prescriptions dictées au commissionnaire. L'ordre abandonne tout le reste à sa bonne foi et à son expérience.

Le premier devoir que la bonne foi lui impose est de ne pas faire tourner à sa propre utilité, au préjudice du commettant, les renseignements que celui-ci lui a transmis. Ce serait un dol, par exemple, s'il expédiait des grains à Bilbao pour son compte personnel en même temps que ceux commandés, ou dans un temps voisin : *Procurator quantumcumque cum liberâ, non potest ad suî commodum aliquid facere in præjudicium domini* (card. Tuschi, conclus. 837).

Quant au choix et au prix des grains, le mandat est illimité. Le commissionnaire est donc à l'abri de tout

reproche pourvu que la denrée soit loyale et marchande, et que, compte tenu de sa qualité inférieure, médiocre ou supérieure, le prix ne dépasse pas le plus haut point du taux courant : *Mandatarius cui non fuit pretium limitatum à mandante, potest emere pro omni pretio sibi benè viso dummodò non excedat pretium commune* (Casareg., Disc. 119, n° 62). Un commissionnaire qui achète la marchandise au delà de sa plus grande valeur, viole sa promesse d'agir en bon commerçant, *au mieux des intérêts*. C'est faire acte de mauvaise foi, ou preuve d'impéritie, double cas de responsabilité. « La condition de ne « pas excéder le juste prix, dit Pothier (*Mand.*, n° 91), doit « toujours être sous-entendue dans le mandat d'acheter. »

352. — Les règles qu'on vient d'exposer relativement au mandat facultatif pour acheter, s'appliquent aussi non-seulement au mandat facultatif pour vendre, mais à tout mandat facultatif pour faire un contrat commercial quelconque, par suite duquel le commettant devra recevoir ou payer. On a vu (n°s 305, 307) la raison et les preuves de cette analogie. Elle est tellement exacte que le Code espagnol contient dans un article unique la sanction des principaux devoirs du commissionnaire *ad votum*. « Le commissionnaire qui, sans autorisation expresse de « son commettant, aura fait une négociation à des prix « et conditions plus onéreux que ceux qui avaient cours « sur la place à l'époque où elle a lieu, sera responsable, « vis-à-vis du commettant, du préjudice que celui-ci en « aura éprouvé, sans qu'il puisse s'excuser sur ce qu'à la « même époque il a fait des négociations de la même es- « pèce pour son propre compte à des conditions sembla- « bles » (Art. 132, traduction de M. Victor Foucher) (1).

(1) Même disposition dans l'art. 62 du Code portugais.

Il n'est point de contrat que cette loi n'embrasse dans sa généralité. Son objet est d'obvier à l'infidélité d'un commissionnaire, malhonnête homme, toujours certain d'abuser impunément de son mandat, s'il lui suffisait, pour en retirer un profit illégitime, de faire à sa propre perte quelque minime négociation, ou de s'entendre avec un autre fripon complice de sa fraude. En tout cas il y aurait faute ; car ce n'est pas agir en bon commerçant que d'ignorer le prix des choses dont on traite, et les conditions favorables auxquelles le marché aurait pu se faire.

353. — Du principe que le mandat facultatif a sa limite naturelle dans l'obligation d'agir *au mieux des intérêts*, il suit que, s'il n'a été rien prescrit sur le temps de son exécution, il doit être exécuté aussitôt que possible : *Il mandato deve eseguirsi subitò che si può, benchè il mandante non sia stato limitato alcun tempo* (Casareg., *El Cambista instruito*, cap. 6, n° 3). La conclusion d'une affaire commerciale ne peut être différée indéfiniment. Voilà pourquoi, dit encore Casaregis, le mandant est réputé charger le mandataire de remplir le mandat dès qu'il en trouvera l'occasion favorable *Il mandatario s'intende incarricato dal mandante ad eseguire el mandato subitò che ha avuta l'opportunità di poterlo eseguire* (Disc. 119, n° 15) (1). Il entre donc dans les devoirs d'un commissionnaire *ad votum* d'épier et de saisir le moment opportun. Mais ce moment s'est-il présenté ? Le commissionnaire n'a-t-il pas eu un juste sujet de croire qu'il ne tarderait pas à s'en présenter un plus

(1) Art. 801 du Code portugais : « Le commissionnaire est obligé « d'exécuter la commission aussitôt qu'il en a l'opportunité. S'il la « diffère dans un temps éloigné et illimité, il répond des pertes et « dommages. »

propice encore ? Doit-on penser qu'il eût autrement agi pour lui-même ? Autant de questions de bonne foi, nécessairement abandonnées à la conscience et aux lumières du juge qui, en pareil cas, s'attache plus à l'intention qu'au fait : *Attenditur animus facientis, non autem ipsum factum.* Mais jamais l'intention n'excuse l'impéritie, parce que, dans le mandat facultatif comme dans le mandat impératif, le commissionnaire promet l'habileté qu'on est en droit d'attendre des autres personnes de sa profession : *Spondet industriam negotio gerendo parem.* Il n'est qu'un seul cas où cette règle fléchisse : c'est lorsqu'une commission qui exige des connaissances spéciales a été donnée à un non-commerçant. Alors celui-ci est réputé n'avoir accepté le mandat que sous la clause-condition de ne pas répondre de ses fautes involontaires, à moins qu'elles ne soient tellement grossières qu'on puisse les comparer au dol. En choisissant un mandataire dont il connaissait l'inexpérience, le commettant est censé n'avoir stipulé de lui que de la bonne foi et de la bonne volonté, *ut dolus absit.* C'est une imprudence dont il doit subir les effets: *Sibi imputare debet quod talem virum elegerit.*

354. — Un mandat est une chose de confiance, et ordinairement, dans le commerce surtout, la confiance du commettant est déterminée par deux principales considérations : la probité du commissionnaire et la connaissance qu'on lui suppose naturellement des hommes et des choses de la localité où il réside. Si donc il n'a été rien convenu touchant le lieu de l'exécution de l'ordre, il n'en résulte pas pour celui qui s'en charge la liberté de l'exécuter en tel lieu qu'il voudra choisir. On a vu, au contraire, nos 292 et suivants, qu'en principe général le mandat s'exécute là où réside le commissionnaire. L'exécuter ailleurs

sans une autorisation expresse ou virtuelle, c'est commettre une faute et répondre du dommage. Lors donc que je vous mande de Paris à Rennes, de me pourvoir d'une certaine quantité de telles ou telles marchandises, *v. g.*, des miels, des beurres, etc., il faut les acheter à Rennes, ou tout au moins sur les lieux dans lesquels le commerce de cette place a coutume de s'en approvisionner. Achetés en quelque autre endroit, ils peuvent être laissés pour votre compte. Dans tous les cas, vous devenez garant de leur perte par cas fortuit dans leur transport à Rennes, et dans leur transport à Paris, si l'expédition m'en est faite du lieu de leur achat.

Par suite du même principe, l'assurance que je commets à un négociant de Nantes, s'entend d'une assurance qui doit être faite à Nantes même. Pourquoi me servirais-je d'une place intermédiaire, si j'avais l'intention de faire couvrir mes risques à Bordeaux, où rien ne m'empêche de m'adresser directement? Or le mandataire *ad votum* ne laisse pas d'être astreint par la règle que le mandat doit être exécuté *secundùm mentem mandantis.* Mon commissionnaire ne peut donc me faire assurer sur une autre place que la sienne, hors le cas insolite où il n'y trouverait pas d'assureur. Par conséquent, l'eût-il fait à des conditions plus avantageuses que celles qu'il pouvait obtenir dans sa localité, je n'en serais pas moins libre de lui refuser mon approbation. Il se peut, en effet, que j'aie plus de confiance dans les assureurs de Nantes que dans les assureurs de Bordeaux, et nul n'a le droit de m'en demander le motif: *Nemini licet mercatorum secreta et arcana penetrare* (Casareg., Disc. 76, n° 6).

355. — Une autre règle dont le commissionnaire *ad votum* ne peut jamais s'écarter qu'à ses risques et périls,

c'est l'usage du lieu où l'ordre doit être exécuté. Tout mandat facultatif renferme tacitement cette clause-condition : *A consueto more mercatorum mandatum semper recipit interpretationem; idcircò mandatarius non faciendo ea quæ de consuetudine fieri debent, dicitur negligens, et ad omne damnum tenetur* (Casareg., Disc. 54, n$^{os}$ 32, 34; Rot. Gen., Decis. 90; Ansald. de Ansald., disc. 39, n° 22). Le principe est érigé en loi, non-seulement par l'art. 128 du Code espagnol, précédemment cité, mais encore par l'art. 800 du Code portugais, ainsi conçu : « Lorsqu'en « exécutant la commission, le commissionnaire ne se con- « forme pas aux coutumes et usages du commerce, il ré- « pond des pertes et dommages que le commettant pour- « rait en souffrir » : *O commissario que na execução da commissao não satisfaz ao que é de estilo e uso do commercio, responde por perdas e damnos para com o comittente, a terem logar* (s'il y a lieu).

En conséquence, lorsqu'ayant accepté votre mandat facultatif, je vends à terme des marchandises qu'il est d'usage de vendre au comptant; ou si j'en achète au comptant sans retenue d'un escompte, nonobstant l'usage d'après lequel il m'était facile d'avoir un délai de six mois, je suis responsable du tort que je vous cause. Vous pouvez donc, dans le premier cas, laissant à ma charge le crédit accordé, exiger de moi, *hic et nunc*, le prix de la vente suivant les cours et valeur du jour où je l'ai faite; au second cas, recharger mon compte de la retenue que j'aurais dû faire sur le prix d'achat. Il en est ainsi de toutes transactions quelconques dans lesquelles le commissionnaire s'est engagé contre l'usage, au préjudice du commettant.

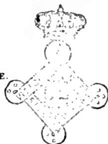
En vain prouverait-il n'avoir pris de tels engagements qu'en échange de conditions plus avantageuses qu'il ne pouvait obtenir d'aucune autre manière. Enfreindre l'u-

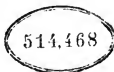
sage, c'est excéder le mandat et se rendre simple gérant de l'affaire d'autrui : *Qui habens mandatum illud excedit aut contrà facit statìm de mandatario negotiorum tantùm gestor efficitur* (V. *suprà*, n°s 82 et 91.). Si donc les conditions plus avantageuses ne se réalisent pas, au commissionnaire la perte.

Réciproquement, il ne répond de rien en exécutant son mandat facultatif selon le cours habituel et régulier des affaires, au lieu où il l'exécute, fût-il prouvé qu'en s'écartant de l'usage, il aurait pu traiter à de meilleures conditions : *Mandatarius non tenetur extraordinario modo mandatum exsequi, nec plus agere quàm quod ab aliis mercatoribus in loco ubi exsequitur observatum est* (Casaregis, Disc., 76, n°s 44, 45). Ainsi point de responsabilité, si le commissionnaire auquel on n'a pas prescrit de vendre certaines marchandises, *præsenti pecuniâ*, suit l'usage constant de donner à un acheteur réputé solvable, trois ou six mois de crédit, avec ou sans escompte. Nulle responsabilité encore si, commissionnaire *cum liberâ* pour négocier une assurance, j'ai laissé insérer dans la police la clause *franc d'avaries*, généralement usitée sur la place, au lieu de faire assurer à tout événement (1); ou bien enfin si, chargé du recouvrement de vos lettres de change, je reçois en payement des billets de banque qui, d'après l'usage de la place, y sont admis comme les espèces métalliques. En un mot, règle certaine, le mandat facultatif est toujours bien exécuté, quand l'exécution en est faite *ex solito et receptis foro et usu.*

(1) Emerig., t. 1, pag. 166; Paley, pag. 43.

FIN DU DEUXIÈME VOLUME.





# TABLE

## DES CHAPITRES ET DES PARAGRAPHES

### DU IIe VOLUME

CHAPITRE I.



CHAPITRE II.

CHAPITRE III.



CHAPITRE IV.



CHAPITRE V.

## CHAPITRE VI.



Paris. — Typ. de Cosson et Comp., rue du Four-Saint-Germain, 43.

des traites qu'il payera à vue ou après acceptation, à valoir sur les objets consignés, enfin de son droit de commission, et crédité du produit de toutes les ventes, au fur et à mesure qu'elles auront été faites; puis Jacques débitera le même compte pour solde, de la somme qui revient au commettant par le résultat de toute l'opération.

332. — Si, lorsque ce compte est remis à Salomon (et c'est ici notre deuxième hypothèse), il fait à Jacques la proposition, que celui-ci- agrée, d'en retenir le solde en compte courant et d'intérêts, Jacques ouvre le compte par le crédit qu'il y donne à son correspondant de la somme ainsi retenue. Mais, comme un compte de cette espèce n'existait pas entre eux auparavant, il va sans dire qu'au solde du compte des marchandises, Jacques ajoutera l'intérêt de toutes les sommes avancées, en le calculant, pour chaque avance, à partir inclusivement du jour où elle a été faite, jusqu'au jour où le solde est passé en compte courant exclusivement.

Quant le compte de marchandises balance en faveur du commissionnaire, c'est-à-dire, s'il a fait des avances supérieures au net produit de la vente, il peut aussi proposer au commettant de garder le solde en compte courant et d'intérêts ; et si la convention a lieu, le remboursement se trouve tout opéré.

Quels sont, en droit, les autres effets d'une convention de compte courant ? C'est ce qui est expliqué daus le paragraphe particulier où l'on traite de cette matière importante. Il suffit, quant à présent, de dire que, du moment où les avances sont passées dans un tel compte, le commissionnaire en est aussi pleinement remboursé que s'il les avait reçues comptant, et les eût placées à intérêt le jour même de leur encaissement.

333. — Au troisième cas, c'est-à-dire, s'il n'existe ni ne s'établit de compte courant, tout se borne à débiter le compte de marchandises du solde qui revient à celui qui les a envoyées, et à lui en donner avis avec remise du compte. Mais ce solde ne produit pas d'intérêts en sa faveur, parce que le commissionnaire n'en peut disposer, et qu'au contraire, il est obligé de le tenir à la disposition du commettant. Lorsque celui-ci reçoit le payement de ce qui lui est dû, le commissionnaire en crédite sa caisse, et la consignation se trouve entièrement terminée.

Mais, si le compte de marchandises balance en faveur du commissionnaire, le solde porte intérêt jusqu'à parfait remboursement.

334. — Ce qui vient d'être dit d'une consignation de marchandises s'applique indistinctement, sauf quelques modifications nécessaires dans la passation des écritures intérieures, à l'exécution de tout mandat ayant pour objet des négociations ou recouvrements quelconques, sur lesquels le commissionnaire aurait fait des avances.

## § VII.

DES CONVENTIONS PARTICULIÈRES OU PACTES ACCIDENTELS (*pacta adjecta*), QUI PEUVENT ENTRER DANS LA FORME DU MANDAT PAR LA STIPULATION.

### SOMMAIRE.

335. Les choses naturelles au contrat, *naturalia*, n'ont pas besoin d'y être exprimées; il faut une clause-condition pour en retrancher ce qui est de sa nature, ou y comprendre ce qui n'en est pas; les clauses-conditions, *accidentalia*, peuvent obliger les deux contractants ou n'obliger qu'un seul.

336. Au premier cas, le consentement réciproque est nécessaire pour modifier le pacte accessoire; au deuxième cas, il suffit de la seule volonté du créancier.

337. Les clauses-conditions ne tenant pas à l'essence d'un contrat, celui-ci peut subsister avec ou sans elles, et, par suite, après leur modification.

338. Mais, tout accessoires qu'elles sont, la convention peut les introduire dans la forme du mandat; elles obligent les deux parties ou seulement l'une d'elles, selon que l'engagement accessoire est unilatéral ou réciproque; exemples divers.

339. Résumé et principe général : le commettant peut révoquer ou modifier la commission, en quelque état que l'affaire se trouve; mais il prend à sa charge tout ce qui a été fait conformément à ses instructions; ce prin-

335. — On a vu (*sup.*, n° 79 *et passim*) que les droits et les devoirs qui dérivent du contrat de commission, comme suites naturelles de l'équité, *naturalia*, ou de l'usage, n'ont pas besoin qu'on les y exprime; mais qu'il faut une clause-condition pour en retrancher ce qui est de sa nature ou y comprendre ce qui n'en est pas. Or les clauses-conditions (*accidentalia*), bien qu'elles n'accèdent qu'à un contrat synallagmatique imparfait, peuvent obliger les deux contractants, ou n'en obliger qu'un seul.

336. — Au premier cas, le consentement réciproque est nécessaire pour abolir ou modifier le pacte accessoire ; au second cas, une seule des volontés suffit, celle du créancier, libre qu'il est toujours d'abandonner impunément un droit stipulé dans son intérêt exclusif.

337. — Et, comme les clauses-conditions d'un contrat n'en constituent ni n'en détruisent l'essence, *substantialia*, on conçoit qu'il peut subsister avec elles ou sans

elles, par conséquent après leur modification, leur changement et même leur entière abolition : *Possunt adesse et abesse sine substantiali transmutatione subjecti.* La raison que Baldus en donne, c'est qu'on ne saurait dire, même par voie de conséquence, que le contrat fût fait pour procurer l'exécution des clauses accidentelles : *nam nec principaliter, nec per consequentiam ad hunc finem contractus fuit ordinatus.*

338. — Mais quoique ces pactes accessoires ne soient point de l'essence de la commission, le consentement mutuel les introduit dans la forme du mandat, sans que la convention principale en souffre aucune altération : *Nam in conventionalibus stipulationibus,* dit le cardinal Mantica, *contrahentes dant formam contractui, quod quidem potest intelligi de formâ accidentali.... et licèt contractus qui est perfectus, novam formam substantialem non recipiat, tamen potest recipere accidentalem ex voluntate utriusque contrahentium* (1). Alors la clause-condition s'incorpore au contrat ; elle en devient une loi : *Pacta adjecta contractibus insunt ; dant legem contractui* (2) ; et cette loi astreint les deux parties, ou seulement l'une d'elles, selon que l'engagement accessoire est unilatéral ou réciproque.

Ces notions fort simples s'appliquent facilement aux clauses-conditions de toute espèce, soit qu'elles aient pour objet de modifier la convention principale, de la révoquer, ou d'en suspendre l'exécution.

Par exemple, lorsqu'en acceptant l'ordre de vous acheter un navire avec promesse de fournir aux avances, je

(1) *De tac. et ambig. convent.*, lib. 1, tit. 14.
(2) Vid. Vinnius, *Tract. de pact.*, cap. 9 et seq.

stipule que dans trois jours vous partirez pour Rome, cette clause qui modifie le contrat n'a certainement nul rapport à ce qui en constitue l'essence, ou est de sa nature. Mais, quelque capricieuse qu'elle puisse paraître, comme elle n'a rien d'impossible, ni de contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, elle fait partie intégrante de la forme du mandat. Si donc vous ne partez pour Rome, je suis déchargé de mon engagement. Mais je puis renoncer à ma stipulation, sans que notre contrat en souffre la moindre atteinte ; par conséquent si j'y renonce en effet, je n'en reste pas moins dans l'obligation d'acheter le navire et d'en avancer le prix.

Il n'est pas davantage de l'essence ou contre l'essence, pas plus que de la nature ou contre la nature du contrat de mandat, que, moyennant une prime ou un surcroît de salaire, je me porte *du croire*, ou me rende envers vous garant des cas fortuits. Néanmoins un tel engagement fait encore partie de la forme du mandat, et nul de nous n'en discéderait impunément sans la volonté de l'autre, parce qu'il nous crée des droits et des obligations réciproques.

Il est de la nature de la commission que le commissionnaire réponde indistinctement de toutes ses fautes nuisibles. Il faut donc une stipulation pour en exclure une telle responsabilité. Cependant cette stipulation n'est pas moins que la précédente *de formâ mandati*, avec la différence que j'y puis renoncer de ma volonté seule, parce ma renonciation ne vous cause aucun préjudice.

Lorsque j'ai mandé à Jacques de vous verser les 3,000 fr. qu'il me doit par caisse, si votre frégate *la Minerve* arrive de Pondichéry, cette condition dilatoire est une clause-condition que je puis impunément révoquer sans le concours de la volonté de Jacques, ce qui est dû par caisse étant toujours actuellement exigible.

Si, en exécution d'un mandat qui est de réparer mon navire avec la clause-condition que vous fournirez aux avances, vous en avez commencé la réparation, acheté du cuivre et des bordages, passé des marchés etc.; je puis néanmoins faire cesser le mandat, ou en changer les dispositions accessoires, *v. g.*, ne vouloir plus que le navire soit doublé, ou vouloir qu'il le soit en zinc au lieu de cuivre, ce qui entraîne nécessairement, dans un cas l'abolition, dans l'autre la modification du pacte accidentel; tout cela à charge de vous rendre indemne des dépenses déjà faites, des marchés passés pour mon compte, et sans nul préjudice aux droits qui vous sont acquis. Mais au moyen de cette indemnité, si je ne révoque le mandat, votre obligation subsiste de réparer mon navire, et d'avancer, pour le temps convenu, le prix des réparations, car tel fut principalement le but de notre contrat : *Nam ad hunc finem contractus principaliter fuit ordinatus.*

339. — En un mot, principe général, consacré par l'art. 67 du Code portugais : « Le commettant a la faculté « de révoquer, de réformer ou de modifier la commission, « en quelque état que l'affaire se trouve ; mais il prend « à sa charge tout ce qui jusque-là a été fait conformé- « ment à ses instructions, et doit une rétribution propor- « tionnée aux services rendus et aux sommes employées « avant ce temps (1), » c'est-à-dire, avant la révocation du mandat, ou avant la modification de ses pactes accidentels.

(1) O committente tem a faculdade de revogar, reformar, o modificar a commissão em qualquer estado do negocio: porem fica a cargo seu quanto até esse tompo se houver feito em conformidade

Ainsi le veulent l'équité et la nature particulière du contrat. Il est juste, en effet, et conforme aux intérêts du commerce, que le maître de l'affaire le soit aussi de la direction à lui imprimer et du mode selon lequel elle devra être faite, pourvu qu'il mette à couvert les droits du commissionnaire qui, s'il est prudent, ne peut jamais que gagner, quel que soit, pour le commettant, le résultat de l'opération.

Celui qui accepte un mandat ayant spécialement pour objet principal telle ou telle affaire commerciale, est donc réputé souscrire d'avance, sous la réserve de ses droits et aux risques et périls du propriétaire, à tous les changements que celui-ci apportera dans le mode d'exécution, et se soumettre aux devoirs qui dérivent soit de la nature de l'ordre ou de l'équité naturelle, soit des usages dont, en général, l'équité est la source, comme de plus anciens usages le furent des lois qui n'ont fait que les constater : *Mandata mercatorum tacitè comprehendunt omnia alia mandata necessaria ad causam principalem perficiendam, et ad peragendum id quod juxtà eorum stylum fieri solet.*

340. — Nulle intelligence humaine n'embrassera jamais l'infinie variété des conventions accidentelles que la volonté ou le caprice de l'homme peut faire entrer dans la forme d'un mandat de commission, ou qui, selon les circonstances, peuvent s'y trouver tacitement comprises en vertu de l'usage ou par suite de l'équité. Mais, de

das instrucçoens : e é devedor d'uma provisão proporcional ao serviço prestado e quantidades empregadas até esse tempo (art. 67 C. port.).

L'art. 143 du Code espagnol contient des dispositions toutes pareilles.

toutes les stipulations de ce genre que peut concevoir l'imagination, il n'en est aucune qui ne soit régie par quelqu'un des principes que l'on vient d'exposer. Multiplier les exemples serait donc chose inutile. Il faut se borner à peu d'applications.

341. — Sur un navire en destination pour Buenos-Ayres, et dont je suis l'armateur, douze commerçants placent chacun un parti de marchandises différentes, celui-ci des vins, le second de la quincaillerie, un troisième des savons, etc., et chacun d'eux, conservant sa propriété distincte, m'en commet la vente au prix de sa facture. J'ai donc douze mandats renfermant *singulatim* le pouvoir tacite de me substituer quelqu'un ; et, puisque je n'ai pas entendu prendre l'obligation d'aller vendre en personne, la clause-condition ne peut être détruite sans le concours de ma volonté.

En outre, dans la police passée entre les chargeurs et moi, il est dit que les douze ventes une fois opérées au lieu du reste, les produits en seront réunis pour acheter des retours en cuirs salés à poil, qui devront revenir à ma consignation, et que, les retours vendus au mieux des intérêts communs, j'en répartirai le prix entre les douze chargeurs, dans la proportion de ce que chaque parti de marchandises aura rapporté à Buenos-Ayres. Mais, bien que les commettants se soient tous réunis pour un achat commun, qu'ils présument devoir coûter moins cher que douze achats séparés, il est convenu que la partie des cuirs afférente au produit de chaque parti, sera mise en un lot à part, pour naviguer exclusivement aux risques de son propriétaire.

L'opération ainsi conçue, on voit, quant aux chargeurs, que chacun d'eux ayant toujours eu distinctement la pro-

priété de ses marchandises d'aller et de sa marchandise de retour, il a pu limiter comme il l'entendait le prix de la facture des premières, et se faire assurer dans l'un et l'autre voyage ; quant au commissionnaire, que tous les chargeurs sont solidairement obligés envers lui, *v. g.*, s'il a fait quelques avances autorisées pour l'achat collectif des cuirs, et que le droit de les vendre ne peut lui être retiré, ayant à dire qu'il n'eût pas accepté la première consignation, sans la clause synallagmatique qui le chargeait de la seconde.

D'un autre côté, plusieurs obligations lui sont imposées. D'abord, comme Jacques, mon substitué à Buenos-Ayres, ne m'a pas été nommément désigné, je réponds de lui si j'ai commis quelque faute dans le choix de sa personne, et j'en réponds encore s'il a causé quelque préjudice faute d'avoir reçu de moi les instructions nécessaires pour procurer l'exécution du double mandat selon l'intention des commettants, *secundùm mentem mandantium.* J'ai donc dû lui dire : « Vous tiendrez un compte particulier du « produit de chaque parti de marchandises ; ce n'est que « pour l'achat des cuirs que ces produits partiels devront « être réunis en masse ; l'achat fait, un expert nommé « par le magistrat le divisera en douze lots, au *prorata* « respectif du produit des partis vendus, et vous distin- « guerez le retour qui correspondra à chacun d'eux, par « les mêmes marques et les mêmes numéros que ce « même parti portait à son arrivée. »

On voit aisément le but de ces prescriptions toutes spéciales. Des comptes séparés de vente sont évidemment nécessaires, puisque c'est à raison des produits respectifs que les intéressés seront appartis dans le bénéfice ou la perte des retours ; et la conservation des marques n'est pas moins indispensable, afin que chaque commettant

puisse facilement faire assurer à part sa propriété, s'il le juge à propos, enfin pour qu'en cas d'avarie particulière, on sache sur qui cette avarie doit peser.

Quant à l'expert, ce n'est qu'une précaution que la prudence conseille, car, par la nature du mandat, le commissionnaire est implicitement autorisé à faire la division des marchandises achetées pour le compte commun; et, dans l'espèce, cette division n'a d'utilité que par rapport aux avaries et aux assurances.

342. — Un capitaine ou un subrécargue, envisagé comme ayant charge de vendre la cargaison ou seulement certaines marchandises, et d'en remettre le produit, n'est, dans la réalité, autre chose qu'un commissionnaire. C'est une conséquence de la spécialité de ce mandat. Mais il arrive assez souvent qu'on y ajoute la clause-condition que le subrécargue ou le capitaine ne pourra consommer aucune vente sans le conseil et le consentement d'une personne désignée; et l'on a demandé quel est alors le véritable mandataire. Cette question est une de celles que Casaregis examine dans son discours 30°, et voici à quelle occasion. Les remises avaient péri, et le *Magnifique Dominique,* commettant, en demandait compte aux héritiers du *Magnifique Roderigue*, qui avait été le conseil du subrécargue *Montanario.* Le demandeur se fondait principalement sur le texte des instructions adressées à ce dernier, qui dépendait en tout et pour tout des ordres que lui donnerait le seigneur Roderigue, sans le conseil et le consentement duquel aucune résolution ne pouvait être prise : *In tutto e per tutto dipenderete d'alli ordini che vi dira il sig. Rodrigo, non risolvendo cosa alcuna senza il suo consiglio o consenso.* Dominique en concluait que, puisque rien ne pouvait se faire que par le conseil et

la volonté de Roderigue, celui-ci était le vrai mandataire, et Montanario, un instrument passif.

Mais Casaregis décida, avec raison, que c'était là une fausse doctrine. Si le consentement de Roderigue était nécessaire en tout et pour tout, il ne s'ensuit nullement, dit l'auteur, que le subrécargue ne fût pas le vrai mandataire; car un acte est propre à celui qui agit, et ne s'attribue point à celui dont le consentement y adhère. C'est ainsi qu'un mineur, une femme mariée, un interdit, ne laissent pas d'être parties principales d'un contrat qu'ils ne peuvent cependant faire sans l'assistance et l'assentiment du tuteur, du mari, du curateur : *actus enim tribuitur agenti, non consentienti; ad instar mulierum et minorum et similium qui, tametsi à jure vel statuto prohibiti sint contrahere, et nihil ex se solis agere valeant nisi de auctoritate magistratûs, vel de consensu et consilio tutorum et curatorum, mariti et propinquorum, non proptereà desunt esse ac reputari principales contrahentes, et illi solùm è contrà consulentes, authorisantes vel consentientes* (Disc. 30, n°s 14, 15, 16). La justesse de ce motif répond parfaitement à la justice de la décision.

Mais *quid juris*, si le commissionnaire veut vendre quand le conseil s'y oppose, et réciproquement ?

La réponse est que rien ne peut se faire sans le consentement de l'un et de l'autre; alors de deux choses l'une : ou l'affaire est de nature à permettre qu'on prenne le temps d'en référer au commettant, et, dans ce cas, c'est le devoir du commissionnaire; ou, s'il y a péril en la demeure, il doit s'adresser au juge des lieux, qui décidera entre lui et le conseil dûment appelé, comme une femme s'adresse au tribunal quand elle veut faire un contrat qu'elle croit de son intérêt, et auquel son mari ne veut pas l'autoriser.

Cependant il peut arriver, par le concours des circonstances avec certaines stipulations, que le commissionnaire soit en droit de traiter contre l'avis de son conseil, et même contre le gré d'un consignataire qui lui est désigné.

Par exemple, capitaine et propriétaire d'un navire, je vous emprunte 50,000 fr. pour acheter des vins qui seront transportés et vendus à Valparaiso. Notre convention est que, affectée à la garantie de l'emprunt, la marchandise sera facturée au prix de 60,000 fr. En outre, je dois me consigner à Jacques, votre correspondant, chargé de vendre à la commission du croire de 4 p. 100. Si la vente n'atteint pas ou ne fait qu'atteindre ces limites, rien ne m'est dû pour louage du navire ; mais tout le surplus sera le prix de mes peines et du nolis; c'est ce qu'on appelle l'opération *à bénéfice de fret.*

Arrivé au lieu du reste, je trouve à vendre les vins sur le pied de 800 fr. le tonneau, en accordant pour le payement le délai d'usage dans la localité. Mais, se fondant sur ce qu'il est du croire, et mû peut-être par quelque autre vue d'intérêt personnel, Jacques feint de suspecter la solvabilité de mes acheteurs, prétend que, seul, il a le droit de vendre, et peut opérer la vente au prix de 700 fr.

Cette prétention sera légitime si Jacques prouve qu'en effet mes acheteurs ne jouissent pas d'un bon crédit; mais elle ne se soutient pas quand il se borne à de simples allégations. Du moment que ses intérêts et ceux de son commettant sont à l'abri de tout risque qu'on puisse raisonnablement craindre, de quel droit me priverait-il de mon fret, en vendant à moindre prix que celui qu'on m'offre ? Au contraire, d'après la nature spéciale du contrat, on doit y sous-entendre la clause-condition que je suis mandataire *in rem meam*; or on a vu qu'un tel mandat n'est pas sujet à révocation.

là ni le contrat de louage ni le contrat de nolissement tels qu'ils sont réglés par la législation.

On donnera donc à cette convention très-licite le nom que l'on voudra. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'elle est synallagmatique, et qu'il en résulte pour chacun de nous le mandat, qui l'est également, de réparer le navire de l'autre, s'il éprouve des avaries, conséquemment le mandat soit de faire des avances, soit d'emprunter à la grosse ou de quelque autre manière, de représenter le quasi-fréteur dans le règlement que ces avaries donneront lieu de faire avec les assureurs, etc... Qu'on cesse donc de dire que le Code civil qui abroge le mandat tacite suffit à toutes les obligations conventionnelles, commerciales ou non commerciales. Le législateur lui même a hautement protesté contre cette prétention qu'il n'eut jamais, et la loi romaine fait éclater sa sagesse lorsqu'elle dit : *Naturâ enim rerum conditum est ut plura sint negotia quàm vocabula* (L. 4. D. *De præscript. verbis*) (1).

(1) On crée aujourd'hui beaucoup de mots ; on en créait déjà beaucoup du temps de Cicéron, car il dit : *Omni arte cujus usus vulgaris communisque non sit, multa novitas nominum est ;* mais on n'en inventera jamais assez pour donner un nom propre à chacune des conventions que les hommes pourront faire.

## § VIII.

### DU MANDAT FACULTATIF OU ILLIMITÉ.

### SOMMAIRE.

344. Nulle commission ne peut être facultative quant à son objet.

345. Ce qui distingue la commission facultative de la commission impérative; maxime de Casaregis; en quel sens elle est vraie.

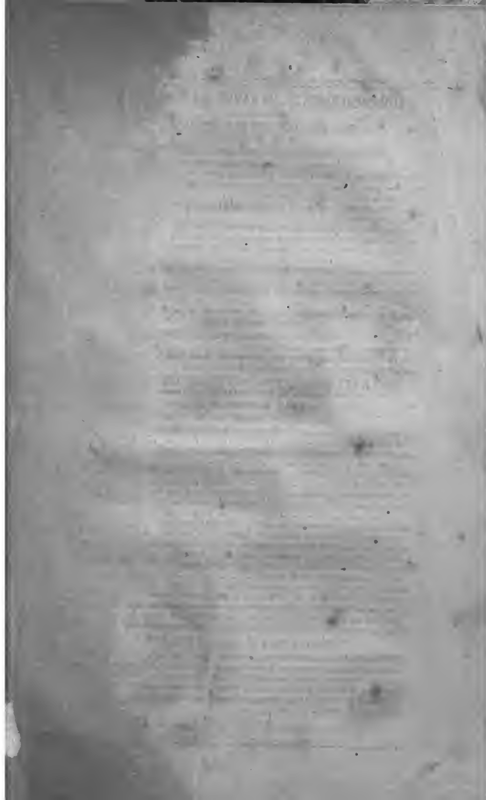
346. A quoi s'engage le commissionnaire qui accepte un mandat facultatif; examen de la question.

347. Une commission, quelque illimitée qu'elle soit, a toujours pour limite l'obligation d'agir *au mieux des intérêts;* le commettant n'entend ratifier que ce qui a été fait avec prudence et probité, et, de son côté, le commissionnaire promet d'agir comme pour lui-même, en honnête homme, en bon commerçant.

348. Disposition du Code espagnol qui résume les obligations du commissionnaire *cum liberâ;* quand on ne peut rien lui reprocher sous le rapport de la bonne foi, de la capacité, il est réputé avoir reçu mandat spécial de faire ce qu'il a fait et comme il l'a fait, quel qu'en soit le résultat.

349. Développement des principes exposés, et application à quelques-uns des principaux agissements du commissionnaire.

350. Une commission qui détermine seulement son objet, et



Paris.—Typ. Cosson et Comp., rue du Four-Saint-Germain, 43



